

AUSTRITT UND AUSSCHLUSS AUS DER GMBH GEMÄSS ART. 822 OR.

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

WERNER MEIER
von Frauenfeld TG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. C. Weiss

1950

Juris-Verlag, Zürich

AUSTRITT UND AUSSCHLUSS AUS DER GMBH GEMÄSS ART. 822 OR.

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

WERNER MEIER

von Frauenfeld TG

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

1950

Juris-Verlag, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 28. Oktober 1950.

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Weiss.



*Meiner lieben Mutter
und dem
Andenken meines Vaters*

Meinem verehrten Lehrer,

HERRN PROF. DR. G. WEISS,

möchte ich an dieser Stelle für das Interesse und die Förderung, die er der vorliegenden Arbeit zuteil werden liess, meinen herzlichen Dank aussprechen.

Werner Meier.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	Seite 7
Einleitung	15

I. Teil

GRUNDLAGEN

1. Kapitel: Austritt und Ausschluss im allgemeinen	19
§ 1. Begriff und Wesen der Mitgliedschaft	19
§ 2. Das Ausscheiden im allgemeinen	23
§ 3. Die Prinzipien des Ausscheidens bei den einzelnen Vereinigungsformen	27
2. Kapitel: Die grundsätzliche Bedeutung des Austritts und Ausschlusses aus der GmbH	35
§ 1. Das Wesen der GmbH	35
§ 2. Die GmbH-Mitgliedschaft und ihre Beendigung im allgemeinen	40
§ 3. Geschichte und Wesen des Art. 822 OR	44

II. Teil

VORAUSSETZUNGEN UND DURCHFÜHRUNG

1. Kapitel: Der statutarische Austritt	49
§ 1. Die gesetzlichen Voraussetzungen	49
§ 2. Die statutarischen Voraussetzungen	54
§ 3. Die statutarischen Voraussetzungen im einzelnen	58
§ 4. Die Durchführung des statutarischen Austritts	63
2. Kapitel: Der gesetzliche Austritt	68
§ 1. Der zum Austritt berechtigende wichtige Grund im allgemeinen	68
§ 2. Die wichtigen Gründe im besonderen	73
§ 3. Die Durchführung des gesetzlichen Austritts	77
§ 4. Möglichkeiten statutarischer Einflussnahme auf das gesetzliche Austrittsrecht	81
3. Kapitel: Der Ausschluss	85
§ 1. Voraussetzungen und Wesen des Ausschlusses	85
§ 2. Die Durchführung des Ausschlusses	89
§ 3. Die Möglichkeiten statutarischer Einflussnahme auf die gesetzliche Regelung des Ausschlusses	92
4. Kapitel: Der Abschluss des Ausscheidungsverfahrens	96
§ 1. Der Abschluss des Verfahrens im Innenverhältnis	96
§ 2. Der Abschluss des Verfahrens im Aussenverhältnis	98
§ 3. Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen	102

III. Teil
DIE RECHTSFOLGEN

	Seite
1. Kapitel: Die Folgen für den Ausgeschiedenen	105
§ 1. Die Folgen für den Ausgeschiedenen im allgemeinen	105
§ 2. Der Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters	109
§ 3. Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters	115
2. Kapitel: Die Folgen für die Gesellschaft	119
§ 1. Die Folgen für die Gesellschaft im allgemeinen	119
§ 2. Die Rechtslage bei Abfindung durch Verwertung des Gesellschaftsanteils	122
§ 3. Die Rechtslage bei Abfindung aus dem Vermögen der Gesellschaft	126

LITERATURVERZEICHNIS

- Ab Yberg, Alois:**
Die Haftung der Genossenschafter nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1942, auch Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft n. F., Heft 89.
- Arnold, Walter:**
Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer GmbH. Rechtsvergleichende Darstellung. Diss. Basel 1942, in Maschinenschrift.
- Balsiger, Willi:**
Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Genossenschaft. Diss. Zürich 1923.
- Becker, Hermann:**
In Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, begr. v. Gmür, Bd. VI, 2. Abtlg.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. Bern 1934.
- Becker, Karl:**
Das Recht zur Kündigung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in ZBH 1928, S. 80 ff.
- Benz, Walther:**
Die Treuepflicht des Gesellschafters. Diss. Zürich 1947.
- Bertsch, Wilfried:**
Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen. Diss. Zürich 1947.
- Bieri, Hildegard:**
Die Aktiengesellschaft, die Genossenschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrer Eignung für Kartelle. Diss. Bern 1941.
- Bircher, Ernst:**
Die Frage der beschränkten Haftung in der Genossenschaft nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Zürich 1920.
- Boesch, Walter:**
Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften. Diss. Zürich 1937.
- Breitenbach, Ludwig:**
Die Haftung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters für die Schulden der Gesellschaft. Diss. Freiburg 1944.
- Brodman, Erich:**
Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 2. Aufl., Berlin-Leipzig 1930.
- Burckhardt, Lucas:**
Die Haftung des Gesellschafters mit beschränkter Haftung. Diss. Basel 1931, in Maschinenschrift.
- Burckhardt, Walther:**
Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 2. Aufl., herausgegeben von A. Gysin, Zürich 1944.
- Canner, Rudolf:**
Die Abtretung des Gesellschaftsanteils bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Rechtsvergleichende Darstellung. Diss. Zürich 1929.
- Carry, Paul:**
Considérations sur le transfert des actions nominatives, in Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland, S. 30 ff. Basel 1934. Zit. Carry, Beiträge.
Considérations sur la société à responsabilité limitée, in ZSR n. F. 48, S. 143 ff.

- Conne, Alfred:
Die Namenaktie. Diss. Zürich 1933.
- Contat, Jean:
Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts. Diss. Bern 1932.
- Corradini, Alberto:
Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Bern 1933.
- Darms, Johann:
Das Konkurrenzverbot in den Gesellschaftsverhältnissen nach schweiz. Obligationenrecht. Diss. Freiburg 1923.
- v. Degenfeld-Schonburg, Ferdinand:
Ueber das Verhältnis von Stammeinlage und Geschäftsanteil bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Freiburg i. Br. 1907.
- Düringer A. — Hachenburg M.:
Kommentar zum HGB, Bd. II 2, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, bearbeitet von Julius Flechtheim. Berlin-Mannheim-Leipzig 1932.
- Edelmann, Arnold:
Der unberechtigte Empfang von Zinsen und Gewinnanteilen bei der AG und der GmbH. Diss. Freiburg 1941.
- Egger, August:
In Kommentar Schulthess zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung und Personenrecht. 2. Aufl., Zürich 1930.
Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Separatabdruck aus SJZ 34. Zürich 1938. Zit. Egger SJZ.
- Fanconi, Arturo:
Die Haftung des Mitglieds einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach schweizerischem und deutschem Recht. Diss. Zürich 1939.
- Fehr Werner:
Die Einmannsgesellschaft. Diss. Bern 1931, auch Abh. z. schweiz. Recht n. F., Heft 65.
- Feine, Hans Erich:
Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 3. Abtlg. Leipzig 1929.
- Fischer, Rudolf:
Die Aktiengesellschaft, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 1. Abtlg. Leipzig 1916.
- Flury, Hermann:
Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem revidierten schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dez. 1936. Zürich 1937.
- Fraefel, Joseph:
Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde. Diss. Zürich 1930.
- Fraenkel:
Die GmbH, eine volkswirtschaftliche Studie. Tübingen 1915.
- Frey, Jakob Gustav:
Mitgliedschaft und Mitgliedschaftswechsel bei der Genossenschaft. Diss. Basel 1943, in Maschinenschrift.
- Früh, Hans:
Der Erwerb und der Besitz eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Basel 1942, in Maschinenschrift.
- Gamma, Rudolf:
Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Bern 1944, auch Abh. z. schweiz. Recht n. F., Heft 216.

Gegenbauer, Peter:

Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der Aktiengesellschaft und dem Stammkapital der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Bern 1932.

Geiser, Hans Rudolf:

Die Haftung eines Gesellschafters der GmbH bei Nichterfüllung seines Sacheinlageversprechens. Diss. Bern 1944.

Gelzer, Michael:

Die Nichterfüllung der Einlagepflicht des Gesellschafters in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Basel 1939, in Maschinenschrift.

Gerwig, Max:

Die Genossenschaft, in 7 Vorträge über das neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer. Basel 1937.

v. Gierke, Julius:

Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, Bd. 2. 5. Aufl., Berlin 1941. Zit. J. Gierke.

v. Gierke, Otto:

Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895. Zit. Gierke DPR, Bd. 1.

Gloor, Max:

Der Treuegedanken im Recht der Handelsgesellschaften. Diss. Zürich 1942.

Gross, Georg:

Die Verwendung der GmbH zu Kartellzwecken unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Entwurfs. Diss. Bern 1936.

Gyr, Max:

Willensmängel im Gesellschaftsrecht. Diss. Bern 1936.

Gysin, Arnold:

Bemerkungen zur Einführung der GmbH in der Schweiz, in Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland. Basel 1934. Zit. Gysin, Festschrift.

Haab, Robert:

Die Ergebnisse der Beratungen der Expertenkommission des OR, II. Teil: GmbH und Genossenschaft, in ZbJV n. F. 62, S. 145 ff. Zit. Haab ZbJV.

Die Reform des Gesellschafts- und Wertpapierrechts in der Schweiz, in ZHR 90, S. 270 ff.

Allgemeiner Ueberblick über die Revision des OR, in 7 Vorträge über das neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer. Basel 1937. Zit. Haab, 7 Vorträge.

Hachenburg, Max:

Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2 Bde., 5. Aufl., Berlin 1926/27.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Schweiz im Vergleich zum deutschen Recht, in ZBH 1926, S. 16 ff. und S. 60 ff. Zit. Hachenburg ZBH.

Die schweizerische GmbH und die deutsche Rechtsprechung, in ZSR n. F. 55, S. 329 ff. Zit. Hachenburg ZSR.

Hager, Arthur:

Der Austritt des Genossenschafters und die daran geknüpften Rechtsfolgen. Diss. Bern 1948.

Hahnloser, Emil:

Die Namensaktie nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht mit Berücksichtigung des deutschen Handelsrechts. Diss. Bern 1903.

Hausherr, Paul:

Die Uebernahme mit Aktiven und Passiven durch einen Kollektivgesellschaftler unter Ausscheiden der übrigen Gesellschafter. Diss. Freiburg 1928.

Heinsheimer, Karl:

Mitgliedschaft und Ausschliessung in der Praxis des Reichsgerichts. Berlin 1913.

- Hensel, Walter:**
Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss. Zürich 1947.
- Herzog, Hans:**
Nebenleistungspflichten bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und deren Verwendbarkeit für Kartelle. Diss. Basel 1939, in *Maschinenschrift*.
- His, Eduard:**
In Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, begr. v. Gmür, Bd. VII, 4. Abtlg.: Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung, Art. 927—964. Bern 1940.
- Höchli, Josef H.:**
Die Kaduzierung von Aktien im revidierten Obligationenrecht v. 18. Dez. 1936. Diss. Zürich 1941.
- Huber, Eugen:**
Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft, in ZSR n. F. 40, S. 5 ff.
- Janggen A. — Becker H.:**
In Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, begr. v. Gmür, Bd. VII, 3. Abtlg.: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Bern 1939. Zit. Janggen-Becker.
- Jaussi, Hans:**
Die Austrittsverhältnisse in der Genossenschaft und ihre Wirkungen auf den Kredit. Diss. Zürich 1925.
- Jenny, Fritz:**
Der Schutz der GmbH gegen gesellschaftswidriges Verhalten. Diss. Basel 1941, in *Maschinenschrift*.
- Kaufmann, Otto Konstantin:**
Die Haftungsverhältnisse in der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Zürich 1940.
- Lecoultrre, Roger:**
La nature juridique et le transfert des parts sociales dans la société à responsabilité limitée. Diss. Genf 1943.
- Mangold, Theodor:**
Die Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters. Diss. Zürich 1947.
- Mercier, Jean-Jacques:**
Le transfert de l'Action nominative en droit suisse et allemand. Diss. Lausanne 1935.
- Moser, Ulrich:**
Fragen, die sich aus dem Verhältnis zwischen den die Kollektivgesellschaft fortsetzenden Gesellschaftern und dem ausgeschiedenen Teilhaber ergeben. Diss. Zürich 1948.
- Müller-Erzbach, Rudolf:**
Deutsches Handelsrecht. 3. Aufl. Tübingen 1927.
- Müller, Erich:**
Der Gläubigerschutz in der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Leipzig 1931, auch *Abh. z. schweiz. Recht n. F.*, Heft 64.
- Müller, Hans Werner:**
Die Auflösungsgründe der Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter besonderer Berücksichtigung der Auflösungsklage infolge von Gründungsmängeln. Diss. Bern 1945.
- Müller, Paul:**
Aufgabe und Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem schweiz. Obligationenrecht. Zürich 1938.

- Müller, Walter:
Die Stellung des Gesellschafters der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im deutschen und schweizerischen Recht. Diss. Basel 1938, in Maschinenschrift.
- Neuenschwander, Peter:
Pflichten und Rechte der Mitglieder einer GmbH. Diss. Bern 1940.
- Neukamp, Ernst:
Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in ZHR 57, S. 1 ff., S. 479 ff.
- Oser H. — Schönenberger W.:
In Kommentar Schulthess zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. V, das Obligationenrecht.
1. Halbband, Art. 1—183, 2. Aufl., Zürich 1929.
2. Halbband, Art. 184—418, 2. Aufl., Zürich 1936.
- Pestalozzi — Henggeler, Regula:
Die Namenaktie und ihre Vinkulierung. Diss. Zürich 1948.
- v. Planta, Louis:
Das Stimmrecht in der GmbH. Diss. Basel 1939, in Maschinenschrift.
- Pozzy, Cuno:
Begriff und Anwendung des «wichtigen Grundes» im schweiz. Zivilgesetzbuch. Diss. Bern 1917.
- Ritter, C.:
Ueber die Ausschliessungsklage der Handelsgesellschaften. In ZHR 69, S. 287 ff.
- Rosenberg, Clara:
Das Ausscheiden aus Handelsgesellschaften aus wichtigem Grund. Diss. Bern 1941.
- Roth, Alfons:
Das individualistische und das kollektivistische Organisationsprinzip im Rechte der AG und der GmbH (vom Wesen der Nebenleistungsgesellschaft), in LZ 1912, S. 266 ff.
- Roth, Alfons:
Die Kündbarkeit von Nebenleistungsverpflichtungen (§ 3 Abs. 2 GmbH-Gesetz und § 212 HGB) aus wichtigem Grund, in LZ 1930, S. 1367 ff.
- Ruth:
Eintritt und Austritt von Mitgliedern. In ZHR 88, S. 454 ff.
- Sauter, Alfred:
Die Lehre von der Kaduzierung nach schweizerischem und deutschem Aktienrecht. Diss. Zürich 1918.
- Scherrer, Victor Emil:
Die GmbH, in 7 Vorträge über das neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer. Basel 1937.
- Schneebeli, Max H.:
Die Einmannsgesellschaft. Diss. Zürich 1934.
- Schlatter, Karl:
Die Ein- und Austrittsfreiheit von Kartellmitgliedern. Diss. Zürich 1933.
- Schoch, Otto:
Die Haftungsverhältnisse bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Zürich 1929.
- Schwarzenbach, Robert:
Die Mitgliedschaft bei der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Zürich 1949.

Siegwart, Alfred:

In Kommentar Schulthess zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht.

4. Teil: Die Personengesellschaften. Zürich 1938.

5. Teil: Die Aktiengesellschaft. Zürich 1945.

Die Stellungnahme der schweizerischen Gerichte zum Problem der juristischen Persönlichkeit der Kollektivgesellschaft, in Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Carl Wieland. Basel 1934. Zit. Siegwart Beiträge.

Spörri, Ernst:

Eintritt und Austritt von Gesellschaftern bei den Handelsgesellschaften. Diss. Bern 1947, auch Abh. z. schweiz. Recht n. F., Heft 235.

Staub's

Kommentar zum Handelsgesetzbuch, bearbeitet von Heinrich Koenige, Albert Pinner und Felix Bondi, erster Band §§ 1—177. 12. und 13. Aufl., Berlin-Leipzig 1926. Zit. Staub-Pinner.

Steiner, E.:

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in ihrem Verhältnis zur Aktiengesellschaft, in SchweizAG 1932/33, S. 121 ff.

Das Verbot des Erwerbs eigener Aktien durch die Gesellschaft, in SchweizAG 1932/33, S. 89 ff.

Thommen, Jakob:

Das Recht des Mitgliedes auf Austritt und Auflösung bei Handelsgesellschaften. Diss. Basel 1926, in Maschinenschrift.

Tissières, Jérôme:

La part sociale de la société à responsabilité limitée en droit suisse. Diss. Freiburg 1939.

Trüb, Hans:

Die Eigentumsübertragung an vinkulierten Namenaktien und Anteilen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Bern 1947.

v. Tuhr, Andreas:

Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I., Leipzig 1910.

Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl. herausgegeben v. Alfred Siegwart. Zürich 1942/44. Zit. v. Tuhr-Siegwart.

Unger, Friedrich Wolfgang:

Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 10. Leipzig 1925.

Weipert, Otto:

In Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, zweiter Band (§§ 105—177, §§ 335—342), das Recht der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft. Berlin 1942.

Weiss, Gottfried:

Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, in SJZ 39, S. 515 ff.

Widmer, Jakob:

Die Organisation der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1945.

Wieland, Carl:

Handelsrecht.

I. Band, München und Leipzig 1921.

II. Band, München und Leipzig 1931.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in ZSR n. F. 14, S. 205 ff.

Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Entwurf eines revidierten Obligationenrechts, in ZSR n. F. 41, S. 111 ff.

Winkler, René:

Die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft nach S. OR. Diss. Basel 1948, in Maschinenschrift.

Zoelly, Charles:

Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz. Diss. Zürich 1917.

Zuber, Friedrich Werner:

Die mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre im französischen und schweizerischen Recht. Diss. Bern 1922.

GESETZESMATERIALIEN ZUM REVID. OR.

E I	=	Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom Dezember 1919 mit Bericht (von Eugen Huber).
E II	=	II. Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts vom Dezember 1923 mit zweitem Bericht (von A. Hoffmann).
Prot. Exp.	=	Protokoll der Expertenkommission über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, herausgegeben vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1926.
E III	=	Bundesrätlicher Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts mit Botschaft.
StenBull N R	=	Amtliches stenographisches Bulletin über die Verhandlungen des Nationalrates, 1934, 1935 und 1936.
StenBull St R	=	Amtliches stenographisches Bulletin über die Verhandlungen des Ständerates, 1931 und 1935.

ABKÜRZUNGEN

BGE	=	Amtliche Sammlung der Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts
BIHE	=	Schweizerische Blätter für handelsgerichtliche Entscheidungen
BLZR	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	=	Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
HRVO	=	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
LZ	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
OR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936.
Pra	=	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts
SchweizAG	=	Zeitschrift, die schweiz. Aktiengesellschaft
SJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung
ZBH	=	Zentralblatt für Handelsrecht
ZbJV n. F.	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, neue Folge
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt
ZSR n. F.	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge

EINLEITUNG

Austritt und Ausschluss sind Rechtsbehelfe, die es ermöglichen sollen, die zwischen einer Vereinigung und ihren Mitgliedern bestehenden rechtlichen Bindungen zu lösen, bzw. das Ausscheiden einzelner Mitglieder aus einem weiter bestehenden Verbands herbeizuführen. Sie unterscheiden sich dadurch voneinander, dass im Falle des Austritts das Ausscheiden auf Betreiben des ausscheidenden Mitgliedes erfolgt, während im Falle des Ausschlusses die Vereinigung den Anstoss zur Ausgliederung eines ihrer Mitglieder gibt.

Obwohl dieser Tatbestand einer oberflächlichen Betrachtung recht einfach und unkompliziert erscheinen mag, ist es eine Erfahrungstatsache, dass gerade die Momente des Austritts oder Ausschlusses häufig zu nicht unbeträchtlichen Auseinandersetzungen unter den Beteiligten, ja oft zu unüberbrückbaren Konflikten führen.¹ Vergegenwärtigt man sich jedoch die diesem Tatbestand zu Grunde liegende Interessenlage², so wird dies eher verständlich. Bei Austritt und Ausschluss stehen sich in der Regel die Interessen des ausscheidenden Mitgliedes und die Interessen der Vereinigung sowohl in persönlicher als auch in wirtschaftlicher Hinsicht schroff gegenüber. Eine weitere Komplikation ergibt sich dadurch, dass ausserdem noch in vielen Fällen schutzwürdige Interessen Dritter, insbesondere diejenigen der Gläubiger, zu berücksichtigen sind. Dass ein Ausgleich all dieser einander teils entgegenstehenden, teils durchkreuzenden Interessen den Beteiligten häufig nur unvollkommen oder überhaupt nicht gelingt, ist nicht verwunderlich. Die Lage wird zudem noch dadurch erschwert, dass die gesetzlichen Vorschriften über die Voraussetzungen und Wirkungen des Ausscheidens durch Austritt oder Ausschluss, mit Ausnahme der die Sicherung der Gläubiger regelnden Bestimmungen, recht dürftig und spärlich sind.³ Da überdies — das zeigt die Praxis eindeutig — die gesellschaftsvertraglichen oder statutarischen Anordnun-

¹ Vgl. Hagerl 1.

² Vgl. Winkler 132 ff.; Bertsch 98.

³ Vgl. Ruth 454 f. — Eine Ausnahme im schweizerischen Recht bildet vielleicht noch die Genossenschaft, bei der diese Probleme zum Teil recht eingehend, wenn auch teilweise etwas unglücklich geordnet worden sind. Vgl. Winkler 153 ff.

gen des öftern mangelhaft sind oder gar überhaupt fehlen, wird es erst recht verständlich, dass die Abwicklung des Austritts oder Ausschlusses im Einzelfalle oft mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziele gesetzt, die bei der schweizerischen GmbH durch den Art. 822 OR geschaffenen Austritts- und Ausschlussverhältnisse zu untersuchen.⁴ Diese Aufgabe kann nun, je nach dem, von welchem Standpunkt aus man an sie herantritt, in verschiedener Weise gelöst werden. Einmal besteht die Möglichkeit, die Voraussetzungen, sowie die Durchführung und die Wirkungen der beiden Rechtsinstitute in allen ihren Einzelheiten und mit allen in ihnen liegenden Möglichkeiten zu schildern. Dann aber kann die Aufgabe auch so angefasst werden, dass das Hauptgewicht, unter bewusster Vernachlässigung gewisser Einzelheiten, auf die systematische und strukturelle Bedeutung des Austritts und des Ausschlusses einerseits und auf die grossen Züge ihrer Durchführung und Wirkungen anderseits verlegt wird. Für die schweizerische GmbH scheint mir die zweite Methode angebracht zu sein, und zwar aus folgenden Gründen:

Die ausserordentliche Uneinheitlichkeit und Zerrissenheit der GmbH⁵ verunmöglicht es, über deren Struktur und inneres Wesen mehr als die grundsätzlichen Möglichkeiten der Ausgestaltung aufzuzeigen. Schon dadurch wird ein Eingehen auf Einzeltatbestände beinahe unmöglich. Dazu kommt aber noch, dass für die GmbH, die ja erst bei der letzten Revision des OR eingeführt worden ist, abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen, eine Gerichtspraxis weitgehend fehlt. Dadurch wird die der GmbH schon von Haus aus anhaftende Unbestimmtheit der internen Verhältnisse noch gesteigert, und Einzelheiten müssten deshalb weitgehend theoretisch konstruiert werden. Der Wert solcher Konstruktionen aber ist

⁴ Die in Art. 822 Abs. 1 und 2 OR geregelten Fälle des Austritts sind die einzigen, die das Recht der GmbH kennt. Daneben kennt das Gesetz aber ausser dem in Art. 822 Abs. 3 geordneten Ausschluss aus wichtigen Gründen noch zwei weitere Fälle des Ausschlusses: Den Ausschluss als Abwendung der Kündigung der Gesellschaft durch einen Gläubiger bei Zwangsvollstreckung in einen Gesellschaftsanteil (Art. 794 Ziff. 4. — Vgl. Arnold 81f.; Janggen-Becker Art. 794 N 6) und die Kaduzierung (Art. 799 Abs. 2 OR. — Vgl. Janggen-Becker Art. 799 N 5 ff.; Arnold 81f.; Gelzer 29 ff.). Diese zwei weiteren Möglichkeiten der Ausschlusses von Gesellschaftern sind grundsätzlich nichts anderes als vom Gesetz besonders geregelte Fälle des Ausschlusses aus wichtigen Gründen (vgl. Gerwig 162 f.; Benz 107; Winkler 181). Da sie aber auf ganz singulären Voraussetzungen beruhen und deshalb eine von Art. 822 OR abweichende Regelung gefunden haben, wird auf deren Behandlung in dieser Arbeit nicht eingetreten.

⁵ Vgl. unten S. 35 ff.

ein zweifelhafter.⁶ Eine Beschränkung auf die tragenden Grundprinzipien und die Grundzüge der Durchführung drängt sich deshalb auf.

Aus der eben geschilderten Konzeption der Arbeit ergibt sich auch deren Aufbau. In einem ersten, allgemeinen Teil wird versucht Wesen und Begriff von Austritt und Ausschluss im allgemeinen, sowie die grundsätzliche Bedeutung der durch Art. 822 OR geschaffenen Austritts- und Ausschlussmöglichkeiten herauszuarbeiten. Der zweite Teil beschäftigt sich mit den Grundzügen der Voraussetzungen und der Durchführung des Austritts und Ausschlusses aus der GmbH. Im dritten und letzten Teil endlich kommen die wichtigsten und für die GmbH typischen Folgen dieser Art des Ausscheidens zur Darstellung.

⁶ Vgl. Siegwart AG, Vorwort S. VII.

I. Teil

Grundlagen

1. KAPITEL

Austritt und Ausschluss im allgemeinen

§ 1. Begriff und Wesen der Mitgliedschaft

Eine allen Gesellschaften und Körperschaften gemeinsame Eigenschaft besteht darin, dass bei ihnen die Gesamtheit aller ihr angehörenden Personen zu einer Einheit zusammengefasst wird, der vom Gesetzgeber eine je nach Art der Vereinigung mehr oder weniger ausgeprägte Sonderexistenz zugesprochen wird. Diese Sonderexistenz befähigt die Personengesamtheit nicht nur gegen aussen als Subjekt von Rechten und Pflichten aufzutreten, sondern auch nach innen, ihren Mitgliedern gegenüber Rechtsbeziehungen aufzunehmen.¹ Diese Rechtsbeziehungen sind, soweit sie nicht als gewöhnliche obligationenrechtliche Verhältnisse zu betrachten sind,² durchaus eigenartige. Mit der Gründung, aber auch mit jedem Neueintritt, entsteht zwischen jedem Verband und den ihm angehörenden Rechtssubjekten ein umfassendes Rechtsverhältnis, aus dem sich für den Einzelnen eine ganze Reihe von Rechten und Pflichten ergeben. Dieses umfassende Rechtsverhältnis zwischen der Vereinigung und den ihr angehörenden Personen pflegt man in der Rechtswissenschaft in einen abstrakten Begriff zu fassen, dem man den Namen *Mitgliedschaft* gegeben hat.

Nach allgemein herrschender Auffassung kann der Begriff der Mit-

¹ Für die Gesamthandsgesellschaften wird die Möglichkeit von Rechtsbeziehungen der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern zwar teilweise bestritten. In der Schweiz jedoch ist sie allgemein anerkannt. — Vgl. Siegwart, Vorbem. zu Art. 530 bis 551 N 93, Art. 552, 553 N 2; Moser 28 ff.

² Die Rechtsbeziehungen zwischen der Vereinigung und ihren Mitgliedern brauchen sich nicht in den mitgliedschaftlichen Beziehungen zu erschöpfen. Es ist vielmehr durchaus möglich, dass die Mitglieder mit ihrer Vereinigung wie gewöhnliche Dritte Verträge abschliessen.

gliedschaft ohne Rücksicht auf Art und Zweck einer Vereinigung umschrieben werden, und die Zahl der in der Literatur zu findenden Definitionen der Mitgliedschaft ist recht gross.³ Ich selber möchte, ohne mich im einzelnen mit den verschiedenen Begriffsbestimmungen auseinanderzusetzen zu wollen, die Mitgliedschaft wie folgt umschreiben:

Unter Mitgliedschaft ist dasjenige umfassende und einheitliche Rechtsverhältnis zwischen einer Vereinigung und ihren Mitgliedern zu verstehen, bei dem aus der Zugehörigkeit zur Vereinigung für das Mitglied ein zu einer unauflöslichen Einheit verschmolzener Komplex von Rechten und Pflichten gegenüber der Vereinigung entsteht.

Diese Definition hat den Vorzug, dass sie die drei wesentlichsten Momente der Mitgliedschaft klar hervortreten lässt. Es sind dies:

1. Die Zugehörigkeit des Mitgliedes zur Vereinigung.
2. Der Komplex der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten.
3. Die Einheit des gesamten Rechtsverhältnisses.

Eine Definition, die nicht alle diese drei Begriffselemente berücksichtigt, kann m. E. nicht den Anspruch erheben, den Begriff voll auszufüllen. Es geht z. B. nicht an, die Mitgliedschaft abschliessend als Zugehörigkeit des Mitgliedes zur Vereinigung⁴ zu bezeichnen. Ebenso wenig Beifall verdient aber jene Auffassung, die das einzig wesentliche Element der Mitgliedschaft im Komplex der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten erblickt und sie dementsprechend einfach als Komplexrecht aus gibt⁵. Beiden Begriffsumschreibungen haftet der Fehler an, dass sie ihr Schwergewicht einseitig auf ein zwar wesentliches Begriffsmerkmal der Mitgliedschaft verlegen, das für sich allein aber den Gesamtbegriff nicht wiederzugeben vermag.⁶ So erscheint im ersten Falle die Mitgliedschaft als leere Zugehörigkeit, als hohle Form ohne Inhalt, im zweiten Falle dagegen wird die Zugehörigkeit zur blossen tatsächlichen Voraussetzung der Mitgliedschaft degradiert⁷. Deshalb kann nur eine Definition, die sowohl die Zugehörigkeit, als auch den Komplex der mitgliedschaftlichen

³ Vgl. z. B.: Gierke DPR Bd. 1, 492, 534; J. Gierke 190; Feine 269 ff.; Neukamp 31; Ruth 460; Fischer 143, 146; Heinsheimer 18; v. Tuhr BGB I 542; Egger Art. 70 N 1 und 2; Siegwart Art. 622 N 1; Gamma 4 ff.; Winkler 29; Frey 5; Schwarzenbach 13; Hensel 46 ff.

⁴ Vgl. z. B.: Egger Art. 70 N 1.

⁵ Vgl. z. B.: Neukamp 31.

⁶ Vgl. Frey 5.

⁷ Ganz extrem ist die Auffassung Winklers (S. 30), der kurzerhand erklärt, die Zugehörigkeit sei nicht rechtswesentlich und von nur soziologischer Bedeutung.

Rechte und Pflichten einbezieht, den Begriff der Mitgliedschaft in seiner Totalität umspannen.⁸

Zu diesen zwei wesentlichen Merkmalen tritt, wie schon bemerkt, noch ein drittes. Jede Mitgliedschaft hat, gleichgültig an welchem Verbands sie bestehen mag, die Eigenschaft ein einheitliches Ganzes zu bilden. Die Einheitlichkeit des mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnisses ist eine umfassende und erstreckt sich sowohl auf die Zugehörigkeit als auch auf den Komplex der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten.

In erster Linie ergibt sich daraus einmal, dass eine sog. «mehrfache Mitgliedschaft»⁹ in allen Fällen, also auch bei den Kapitalvereinigungen ausgeschlossen sein muss. Ein und dasselbe Rechtssubjekt kann, so gut wie es ihm nicht möglich ist, sich in verschiedene Rechtssubjekte aufzuspalten, nicht mehrmals Mitglied ein und derselben Vereinigung sein. Dies hat auch Geltung für die AG. Mehrfacher Aktienbesitz bedeutet nicht mehrfache Mitgliedschaft¹⁰, sondern nur erhöhte Beteiligung am Kapital und damit, entsprechend dem Wesen der aktienrechtlichen Mitgliedschaft, auch eine Verstärkung der mitgliedschaftlichen Position.¹¹

In zweiter Linie bildet die Mitgliedschaft eine Einheit in dem Sinne, dass sie einem Träger nur gesamthaft und nach allen Richtungen zustehen kann. So ist z. B. die Auffassung, dass bei Veräußerung von Namenaktien die Mitgliedschaft vor Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch Dritten gegenüber dem Erwerber, der AG gegenüber aber immer noch dem Veräußerer zustehe, abzulehnen¹². Die Mitgliedschaft kann nur der Vereinigung gegenüber, oder aber überhaupt nicht bestehen. Eine «Mitgliedschaft gegenüber Dritten» ist jedoch begrifflich nicht vorstellbar.¹³

In dritter Linie endlich, ist die Mitgliedschaft auch in Ansehung des mitgliedschaftlichen Rechtskomplexes als Einheit zu betrachten. Der Komplex der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten kann nur gesamthaft

⁸ Gl. A. Canner 7.

⁹ Von mehrfacher Mitgliedschaft sprechen z. B.: Hachenburg § 15 A 69; J. Gierke 367.

¹⁰ Dagegen kann eine auf mehreren Aktien beruhende Mitgliedschaft durch Veräußerung eines Teils der Aktien sehr wohl in mehrere Mitgliedschaften auseinanderfallen. — Vgl. Canner 10.

¹¹ Vgl. Feine 259, 268, 399 f.; Ruth 516 ff.

¹² Es handelt sich hier um die bekannte Theorie der Duplizität der Rechtssubjekte. Ihr Hauptvertreter ist v. Tuhr. — Vgl. v. Tuhr BGB I 70, v. Tuhr-Siegmant 188.

¹³ Vgl. zur Widerlegung der Theorie v. Tuhrs: Carry Beiträge 39; Canner 45 f.; Lecoultrre 24 f.

erworben oder verloren werden. Einzelne Berechtigungen können demzufolge in der Regel weder für sich allein abgelöst, noch einzeln veräußert werden.¹⁴ Eine besondere Frage erhebt sich für alle jene Vereinigungen, die mit Hilfe von Beiträgen ihrer Mitglieder ein Eigenkapital bilden¹⁵ oder zu bilden verpflichtet sind¹⁶. Die Mitgliedschaft bei allen diesen Vereinigungen zeichnet sich dadurch aus, dass sie deutlich in zwei Teile zerfällt, von denen der eine, der sog. Geschäfts- oder Vermögensanteil¹⁷, innerhalb des Gesamtgefüges des mitgliedschaftlichen Rechtskomplexes eine gewisse Sonderexistenz haben kann. Der Inhalt dieser Geschäfts- oder Vermögensanteile besteht in der Pflicht zur Kapitalleistung einerseits und den aus dieser Pflicht sich ergebenden Rechten auf einen Gewinn-, sowie auf einen eventuellen Liquidationsanteil. Es erhebt sich nun die Frage, ob der Vermögensanteil vielleicht von der Gesamtmitgliedschaft abtrennbar sei. Allein auch dies ist zu verneinen.¹⁸ Der Vermögensanteil ist trotz seiner relativen Selbständigkeit immer ein Teil des umfassenden Komplexes der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten. Bei Vereinigungen mit wesentlich persönlichem Gehalt teilt er in der Regel das Schicksal der Gesamtmitgliedschaft, bei Kapitalvereinigungen dagegen folgt die persönliche Mitgliedschaft dem Vermögensanteil.¹⁹

Uebersichten wir die vorstehenden Ausführungen noch einmal, so stellen wir fest, dass grundsätzlich jede Mitgliedschaft sich dadurch auszeichnet, dass Zugehörigkeit und Komplex der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten ihre wesentlichen Elemente bilden und, dass das gesamte

¹⁴ Vgl. Müller-Erzbach 279; Fischer 146. — Wohl möglich ist dagegen die Abtretung einzelner Rechte deren Inhalt in einer gewöhnlichen Geldforderung besteht, wie z. B. das Recht auf die festgesetzte Dividende. Der Erwerber dieser Rechte erwirbt aber keine mitgliedschaftliche Berechtigung. Er steht der Gesellschaft als gewöhnlicher Dritter gegenüber. — Vgl. Canner 13 f. und die dort zitierte Literatur.

¹⁵ Vereinigungen, die in der Regel ein Eigenkapital bilden, obwohl sie keine diesbezügliche gesetzliche Pflicht haben, sind: Die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und in vielen Fällen auch die Genossenschaft.

¹⁶ Verpflichtet zur Bildung eines Kapitalfonds sind die sog. Kapitalvereinigungen. Im schweizerischen Recht betrifft dies die AG und die GmbH.

¹⁷ Vgl. zum Begriff des Vermögensanteils: Wieland I 552.

¹⁸ Eine Ausnahme gilt für den Genossenschaftsanteil. Laut Art. 849 Abs. 2 OR besteht die Möglichkeit, den Genossenschaftsanteil an Dritte zu übertragen, die nicht Mitglied werden wollen. Die herrschende Meinung nimmt deshalb an, dass eine Aufspaltung der Genossenschafts-Mitgliedschaft möglich sei. — Vgl. Hensel 180 ff.; Hager 55, Fussnote 32.

¹⁹ Das Problem der Stellung des Vermögensanteils innerhalb der gesamten Mitgliedschaft wird später eingehender behandelt. — Vgl. unten S. 31 ff.

Rechtsverhältnis nach allen Richtungen als eine Einheit zu betrachten ist. Soweit ist sich die Literatur, abgesehen von gewissen Abweichungen in den Einzelheiten, einig. Die Rechtsnatur der Mitgliedschaft jedoch ist äusserst umstritten. Die vorliegende Arbeit bietet leider keinen Raum, die grosse Zahl der vertretenen Meinungen zu schildern und gegen einander abzuwägen. Der Verzicht darauf lässt sich aber ohne weiteres rechtfertigen, weil der Streit um die Rechtsnatur der Mitgliedschaft für das Ausscheiden praktisch bedeutungslos ist. Immerhin erhebt sich die Frage, ob die Mitgliedschaft überhaupt mit den überkommenen Begriffen des Privatrechts erfasst werden kann, und diese Frage glaube ich verneinen zu können. Die Mitgliedschaft als Ganzes ist eben ein dem Sozialrecht eigentümliches Rechtsverhältnis. Als solches bedarf es einer von den übrigen Rechtsverhältnissen verschiedenen Beurteilung. Im einzelnen können jedoch die Bestimmungen des Personen-, Sachen- und Vertragsrechtes auf die Mitgliedschaft angewandt werden, sofern dieser Anwendung nicht besondere Bestimmungen des Sozialrechts entgegenstehen oder der besondere Charakter der Mitgliedschaft eine solche Anwendung nicht verbietet.

§ 2. Das Ausscheiden im allgemeinen

Mit den Auseinandersetzungen über die Mitgliedschaft ist der Standpunkt gewonnen worden, von dem aus der Begriff des Ausscheidens richtig erfasst und zwangslos eingeordnet werden kann. Unter Ausscheiden versteht man gemeinhin jede Art der Ausgliederung aus der Gemeinschaft.¹ Rechtlich ausgedrückt heisst aber «Ausgliederung» nichts anderes als Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen Mitglied und Vereinigung, d. h. Beendigung der Mitgliedschaft. **Ausscheiden** hat demnach den Sinn eines Sammelbegriffes für alle Arten der Beendigung der Mitgliedschaft.²

Die Wirkungen der Beendigung der Mitgliedschaft sind mit Hilfe der oben gegebenen Begriffsbestimmung der Mitgliedschaft leicht ersichtlich. Das Ende der Mitgliedschaft führt sowohl zum Verlust der Zugehörig-

¹ Ueber den Begriff des Ausscheidens im allgemeinen vgl. **Rosenberg** 21 ff.

² Ausgeschlossen ist selbstverständlich der Verlust der Mitgliedschaft bei Untergang der Vereinigung selber. Hier findet primär die Vereinigung ihr Ende. Das Ende der Mitgliedschaft dagegen ist nur die logische Folge. Wo keine Vereinigung mehr besteht, kann selbstverständlich auch keine Mitgliedschaft mehr bestehen. Von einer Beendigung der Mitgliedschaft i. e. S. aber kann keine Rede sein. — Vgl. auch **Weiss** 539.

keit als auch zum Verlust sämtlicher mitgliedschaftlicher Berechtigungen und Verpflichtungen. Somit steht das ausgeschiedene Mitglied seiner Vereinigung gegenüber wieder in der gleichen Rechtsstellung, die es vor seinem Eintritt inne gehabt hatte: Der Ausgeschiedene hat der Vereinigung gegenüber die Rechtsstellung eines gewöhnlichen Dritten zurückerlangt. Demzufolge sind nach dem Ausscheiden sämtliche Rechtsbeziehungen des ehemaligen Mitgliedes zum Verbande als gewöhnliche «Drittmannsbeziehungen» zu betrachten.³ Gleichgültig ist dabei, ob der Rechtsgrund dieser Rechtsbeziehungen in der zu Ende gegangenen Mitgliedschaft oder in einem gewöhnlichen Vertragsverhältnis liegt. Rechtsverhältnisse, die im zu Ende gegangenen Mitgliedschaftsverhältnis wurzeln, sind als *Nachwirkungen* der Mitgliedschaft zu bezeichnen.⁴

Da die Mitgliedschaft ein einheitliches Rechtsverhältnis ist, kann sie genau gleich wie sie nur gesamthaft erworben werden kann, auch nur gesamthaft beendet werden. Somit ist ein teilweises Ausscheiden, z. B. in dem Sinne, dass wohl der Vermögensanteil, nicht aber die «eigentliche Mitgliedschaft» verloren gehe, nicht möglich.⁵ Die Mitgliedschaft kann eben nur gesamthaft oder überhaupt nicht beendet werden.

Ebenso muss auch jene Meinung abgelehnt werden, die das Ausscheiden als teilweise Auflösung konstruiert. Diese Theorie, die von Wieland⁶ für die Kollektivgesellschaft entwickelt wurde, hat zur Folge, dass die Mitgliedschaft, in Anlehnung an den langsamen Abbau der Gesellschaft im Liquidationsstadium, nach dem Ausscheiden in dem Umfange aufrecht erhalten bleibt, als dies durch die Auseinandersetzung zwischen dem Ausgeschiedenen und der Gesellschaft erforderlich ist. Ihr Ende würde die Mitgliedschaft deshalb erst nach der endgültigen Erledigung sämtlicher im Gesellschaftsverhältnis wurzelnden Rechtsbeziehungen finden. Ganz abgesehen davon, dass die praktische Durchführbarkeit dieser Ansicht eine

³ Vgl. Moser 25.

⁴ Dass diese Nachwirkungen teilweise nicht wie gewöhnliche Schuldverhältnisse behandelt werden können, bedarf keiner Erörterung. Z. B. ist es fraglich, ob der Abfindungsanspruch im Konkurs der Vereinigung kolloziert werden kann. — Befürwortend: Wieland I 719 f.; Hausherr 103; Hensel 141. — Ablehnend: Moser 33 ff.; Siegwart, Art. 580 N 28.

⁵ Das Problem stellt sich hauptsächlich bei der Uebertragung von Namenaktien. — Vgl. z. B. die Arbeiten von Hahnloser, Conne, Mercier, Pestalozzi-Henggeler.

⁶ Wieland I 717 ff. Ebenso Siegwart Art. 545/547 N 46, Art. 576 N 4, Art. 577 N 8, Art. 578 N 4; Weipert § 138 A 23. — Vgl. auch BGE 59 II 424.

zum mindesten zweifelhafte ist⁷, muss sie auch aus dogmatischen Gründen abgelehnt werden.⁸ Der dem Ausscheiden zu Grunde liegende Tatbestand ist eben doch weitgehend verschieden von demjenigen, der der Auflösung zu Grunde liegt. Die Interessen der verbleibenden Gesellschafter und die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters stehen einander schroff gegenüber.⁹ Während dieser nur noch das Bestreben hat, seinen Kapitalanteil aus der Gesellschaft herauszulösen, richtet sich das Interesse jener im Gegensatz dazu eben gerade auf die Fortsetzung der gesellschaftlichen Unternehmung. Da überdies die Wirkungen des Ausscheidens in mancher Hinsicht nicht mit den Wirkungen der Auflösung übereinstimmen¹⁰, ist diese Konstruktion eines stufenweisen Abbaus der Mitgliedschaft nicht haltbar.

Die Auffassung Wielands ist von einigen Autoren¹¹ auch auf das Ausscheiden aus Körperschaften ausgedehnt worden. Allein, für diese Vereinigungsformen kann sie schon gar nicht in Frage kommen. Eines der Hauptmerkmale der Körperschaften besteht gerade darin, dass sie gegen den Wechsel in ihrem Mitgliederbestande unempfindlich sind. Anders ausgedrückt, die Sonderexistenz der Körperschaften ist so weit gesteigert, dass ihre Existenz durch Veränderungen ihres persönlichen Substrates überhaupt nicht berührt werden kann.¹² Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass vom Standpunkt des Ausscheidenden aus gesehen das Ausscheiden in allen Fällen die Bedeutung eines gänzlichen und gesamthaften Verlustes der Mitgliedschaft sowohl im Sinne der Zugehörigkeit als auch im Sinne der mitgliedschaftlichen Berechtigungen und Verpflichtungen hat. Betrachtet man denselben Tatbestand jedoch vom Standpunkt der Vereinigung aus, so ergibt sich ein wesentlicher Unterschied. Für die Vereinigung bedeu-

⁷ In diesem Falle hätte ja der ausgeschiedene Gesellschafter grundsätzlich das Recht, nach eigenem Gutdünken Einsicht in die Angelegenheiten der Gesellschaft zu nehmen. Die Gesellschaft aber müsste sich diese Einsichtnahme immer dann gefallen lassen, wenn sie nicht nachweisen könnte, dass die Geltendmachung des Einsichtsrechts nicht mit der Liquidation der zu Ende gehenden Mitgliedschaft im Zusammenhang steht. Welche Schwierigkeiten sich aus einer solchen Situation ergeben würden, lässt sich leicht ermessen.

⁸ Vgl. Düringer-Hachenburg § 138 A 7; Staub-Pinner § 138 A 3; Moser 19 ff.

⁹ Vgl. Moser 19.

¹⁰ Vgl. Moser 21 ff., insbesondere 24.

¹¹ Vgl. Hager 11; Spörri 133, 143 ff., 152 ff., 169 ff., 177 f., 192.

¹² Vgl. Ruth 458; Siegwart Vorbem. zu Art. 530/551 N 17 c; Rosenberg 13; Wieland I 474, A 1.

tet das Ausscheiden nicht in allen Fällen den gänzlichen Untergang der gesamten Mitgliedschaft. In gewissen Fällen nämlich bleibt die Mitgliedschaft im Sinne des mitgliedschaftlichen Rechtskomplexes bestehen. Es wechselt nur der Träger der Mitgliedschaft. Das ausscheidende Mitglied, in dessen Person der gesamthafte Verlust der Mitgliedschaft eintritt, wird durch ein neu eintretendes Mitglied ersetzt, das in die gesamte Rechtsstellung des alten Mitgliedes eintritt. Dem Ausscheiden steht also ein Neueintritt gegenüber. Diesen Tatbestand bezeichnet man allgemein als **Mitgliedschaftswechsel**.¹³

Somit müssen wir vom Standpunkt der Vereinigung aus gesehen grundsätzlich zwei Arten des Ausscheidens auseinanderhalten:¹⁴ Ein Ausscheiden, das den gänzlichen Untergang der Mitgliedschaft sowohl für das ausscheidende Mitglied als auch für die Vereinigung selber zur Folge hat¹⁵ und ein Ausscheiden durch Wechsel in der Mitgliedschaft¹⁶. Im ersten Falle vermindert sich der Personenbestand der Vereinigung, im zweiten Falle dagegen bleibt er gleich¹⁷.

Im einzelnen liegen dem Ausscheiden die mannigfaltigsten Tatbestände zugrunde¹⁸, die hier nicht erläutert werden können. Grundsätzlich jedoch richtet sich die Form des Ausscheidens nach dem Charakter der Vereinigung, an der die zu beendigende Mitgliedschaft besteht. Von diesen Problemen wird im nächsten Paragraphen die Rede sein.

¹³ Zum Begriff des Mitgliedschaftswechsels vgl.: Winkler, Anhang, 1; Frey 83 ff.; Bieri 42.

¹⁴ Eine ähnliche Unterscheidung macht Spörri 133.

¹⁵ Hauptbeispiele für diese Art des Ausscheidens sind Austritt und Ausschluss.

¹⁶ Diese Art des Ausscheidens ist typisch für die Kapitalvereinigungen. Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH kann die Mitgliedschaft grundsätzlich nur durch Uebertragung des Vermögensanteils, d. h. durch Uebertragung der Aktie oder des Gesellschaftsanteils beendet werden. Ueber die Tatbestände des Mitgliedschaftswechsels bei der Genossenschaft sind zu vergleichen: Winkler, Anhang, 1 ff.; Frey 3. Kap. 151 ff.; Hensel 192 ff.

¹⁷ Die Zahl der Mitglieder wechselt auch bei Uebertragung der Mitgliedschaft, wenn der Vermögensanteil an die Vereinigung übertragen wird, oder wenn der Vermögensanteil geteilt und an verschiedene Dritte veräussert wird. Bei mehrfachem Aktienbesitz kann dies einfach geschehen durch Uebertragung der einzelnen Aktien an verschiedene Rechtssubjekte. Bei der GmbH dagegen, bei der die Vermögensbeteiligung grundsätzlich eine einheitliche ist, erfordert die Teilung des Gesellschaftsanteils ein besonderes Verfahren (Art. 795 OR. — Vgl. J a n g e n - B e c k e r zu Art. 795).

¹⁸ Vgl. zu den einzelnen Tatbeständen des Ausscheidens: Egger Art. 70 N 8; Gamma 39; Kaufmann 142 f.

§ 3. Die Prinzipien des Ausscheidens bei den einzelnen Vereinigungsformen

Der Gesetzgeber ist in der Wahl der Formen des Ausscheidens, mit denen er die einzelnen Vereinigungsformen ausstattet, will er deren Verhältnisse logisch richtig und den Erfordernissen des praktischen Lebens entsprechend regeln, nicht frei. Vielmehr hat er dabei auf den Charakter des zu beendigenden Rechtsverhältnisses, also auf den Charakter der Mitgliedschaft Rücksicht zu nehmen. Da nun aber jede Mitgliedschaft ihren Charakter von der Gemeinschaft her hat, an der sie besteht¹, muss offenbar der Charakter der Vereinigung letzten Endes entscheidend sein für die Ausgestaltung der Ausscheidensordnung. Und in der Tat fordert jeder Vereinigungstypus, wie noch zu zeigen sein wird, seine ihm eigentümliche Art des Ausscheidens.

Im folgenden soll deshalb der Versuch unternommen werden, anhand eines kurzen Ueberblicks über die einzelnen Vereinigungstypen die für das Ausscheiden grundlegenden Momente aufzuzeigen. Damit gerät man aber unversehens mitten in die alte Kontroverse über die Natur der Personenverbände.² Selbstverständlich kann nicht die Rede davon sein, diesen alten Streit hier wieder aufzugreifen. Ein solches Vorgehen kommt umso weniger in Frage, als die Kontroverse über die Natur der Personenverbände für das Ausscheiden praktisch nicht von Bedeutung ist. Deshalb genügt die Feststellung, dass für das schweizerische Recht die Unterscheidung zwischen Gesellschaften und Körperschaften noch immer als grundlegend betrachtet werden muss.³ Denn bis anhin ist die schweizerische Doktrin⁴, wie auch die schweizerische Praxis⁵ mehrheitlich der Meinung, dass der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft die Rechtspersönlichkeit nicht zukomme.

Wenn man nun einerseits zwischen Gesellschaften und Körperschaften eine Unterscheidung macht, und anderseits die Körperschaften in Per-

¹ Vgl. Heinsheimer 17.

² Vgl. statt aller: Gierke DPR, Bd. 1, §§ 58 ff., 79 ff.; Wieland I, § 35.

³ Vgl. Siegwart Vorbem. zu Art. 530—551 N 15 ff., Einleitung AG N 90 ff.; Spörri 50 f.; Rosenberg 9.

⁴ Vgl. Siegwart Art. 552, 553 N 1., Beiträge 366; Spörri 46 ff.; Tissières 38 ff.

⁵ Vgl. z. B.: BGE 24 II 734, 42 III 39, 45 II 423, 46 II 471, 55 III 151. Eine eingehende Würdigung der Praxis der schweizerischen Gerichte zu diesem Problem gibt Siegwart in seinem Aufsatz in der Festgabe zum 70. Geburtstage von C. Wieland. — Vgl. Siegwart Beiträge 355 ff.

sonal- und Kapitalkörperschaften einteilt, wie dies allgemein üblich ist⁶, so gelangt man praktisch zu den drei folgenden Grundtypen von Personenverbänden:

1. Den Personengesellschaften,
2. den Personalkörperschaften und
3. den Kapitalkörperschaften.⁷

Anhand dieser drei Grundtypen können nun die für das Ausscheiden entscheidenden Momente erörtert werden.

Der Typus der *Personalgesellschaft* hat im schweizerischen Recht seine reinste Verwirklichung in der Kollektivgesellschaft gefunden. Die Kollektivgesellschaft hat rein individualistisches Gepräge⁸ und zeichnet sich vor allem durch die hohe Bedeutung aus, die dem einzelnen Gesellschafter im Rahmen des Gesellschaftsganzen zukommt.⁹ Die individualistisch-persönliche Struktur der Kollektivgesellschaft äussert sich vor allem auch bei der Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft. Erworben wird die Teilhaberschaft an der Kollektivgesellschaft in allen Fällen, also sowohl bei der Gründung der Gesellschaft als auch bei nachträglichem Eintritt, durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zwischen allen Gesellschaftern. Inhalt des Gesellschaftsvertrages ist aber nicht die Begründung der Mitgliedschaft, sondern die Schaffung der Gesellschaft. Die Mitgliedschaft hingegen entsteht, wenn die Gesellschaft selber einmal ins Leben getreten ist, ohne weiteres Zutun der Gesellschafter. Ein besonderes Rechtsgeschäft, das die Begründung der Mitgliedschaft zum Inhalt hat, gibt es dagegen nicht. Deshalb kennt die Kollektivgesellschaft auch kein besonderes Rechtsgeschäft, das zur Lösung der Beziehungen zwischen dem einzelnen Gesellschafter und der Gesellschaft führt. Dem austrittslustigen Gesellschafter steht darum, wenn er seine Bindung an die Gesellschaft los werden will, kein anderes Mittel

⁶ Vgl. Gierke DPR, Bd. I, 240, 286; Wieland I 477; Ruth 463 ff.; Frey 95 und die dort zitierte Literatur.

⁷ Auch Wieland gelangt praktisch zum gleichen Endergebnis. Er unterscheidet einerseits zwischen individualistischen und kollektivistischen Gesellschaften. Die kollektivistischen Gesellschaften wiederum scheidet er in Personal- und Kapitalkörperschaften. — Vgl. Wieland I 474, 477 ff.

⁸ Vgl. zu Begriff und Wesen der Kollektivgesellschaft: Wieland I 390, 520 f.; Siegwart 552, 553 N 1 ff.; Spörri 10 ff.; Frey 98 ff.; Bertsch 83.

⁹ Vgl. Spörri 73; Frey 101 f. — Die Kollektivgesellschaft umfasst ihre Mitglieder hauptsächlich durch persönliche Mitgliedschaftspflichten, die je nach Art und Zweck der konkreten Gesellschaft die verschiedenartigsten sein können. Von Gesetzes wegen hat der Gesellschafter das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung und Vertretung, sowie die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung. Uebrigens hat er für die Schulden der Gesellschaft persönlich und unbeschränkt einzustehen.

zur Verfügung, als den Gesellschaftsvertrag aufzulösen. Wenn aber der Abschluss des Gesellschaftsvertrages die Entstehung der Gesellschaft zur Folge hat, so muss die Beendigung des Gesellschaftsvertrages naturnotwendig nicht den Verlust der Mitgliedschaft, sondern das Ende der Gesellschaft selber herbeiführen. Diese Konsequenz ist dann eine unerfreuliche, wenn die übrigen Gesellschafter willens sind, das gesellschaftliche Unternehmen weiterzuführen. Würde es der Gesetzgeber bei dieser Regelung bewenden lassen, so wären die übrig bleibenden Gesellschafter gezwungen, die Gesellschaft zunächst aufzulösen und nachträglich wieder neu zu gründen. Dass eine solche Konsequenz nicht mit den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens im Einklang stehen kann, ist selbstverständlich. Dieser Erkenntnis hat sich auch der Gesetzgeber nicht verschlossen. Er gestattet daher den Gesellschaftern, die die Gesellschaft weiter zu führen wünschen, die Fortsetzung der Gesellschaft, ohne dass es hiezu einer Auflösung und einer Neugründung bedürfte. Voraussetzung für diese Fortsetzung der Gesellschaft ist ein entweder schon im Gesellschaftsvertrag niedergelegter oder auch erst nachträglich gefasster Fortsetzungsbeschluss sämtlicher verbleibender Gesellschafter.¹⁰ Damit wird wohl in tatsächlicher Hinsicht ein Ausscheiden herbeigeführt. Vom rechtlichen Standpunkt aus gesehen handelt es sich bei diesem Tatbestand im Grunde genommen nicht um ein Ausscheiden im Sinne einer Beendigung der Mitgliedschaft.¹¹ Ausscheiden aus der Kollektivgesellschaft bedeutet vielmehr, rechtlich richtig betrachtet, immer gleichzeitige Auflösung und Neugründung der Gesellschaft.¹² Da also das Ausscheiden nicht anders als durch Beendigung des Gesellschaftsvertrages bewerk-

¹⁰ Art. 576 OR. — Vgl. Siegwart Art. 576 N 1f.; Rosenberg 26; Wieland I 713.

¹¹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz scheint sich auf den ersten Blick durch die in Art. 577 OR gestattete Ausschliessung von Gesellschaftern zu ergeben. Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass es sich hier nur um einen vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fall des normalen Ausscheidens aus der Kollektivgesellschaft handelt. Der Ausschluss tritt — dies zeigt der Text von Art. 577 OR eindeutig — an die Stelle der Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde. Er ist genau gleich wie das sonstige Ausscheiden lediglich ein Mittel zur Verhütung der Auflösung. Nur geht hier der Anstoss zum Ausscheiden nicht vom einzelnen Mitgliede aus, sondern der Verlust der Mitgliedschaft wird zwangsweise durch die übrigen Gesellschafter herbeigeführt. Ein ausdrücklicher Fortsetzungsbeschluss erübrigt sich deshalb, weil sich alle übrigen Gesellschafter an der Klage beteiligen müssen, und der Fortsetzungswille so hinreichend zum Ausdruck kommt. —Vgl. zu diesen Problemen: Düringer-Hachenburg § 140 A 7; Staub-Pinner § 140 A 1a; Weipert § 140 A 14.

¹² Vgl. Spörri 144; Frey 102.

stellt werden kann und überdies auch der Tod¹³ das Ende der Gesellschaft herbeiführt, sofern die Gesellschafter nichts anderes vereinbart haben, hängt die Existenz der Kollektivgesellschaft grundsätzlich vom Verbleiben der Gesellschafter in der Gesellschaft ab.¹⁴

Ganz anders liegen die Verhältnisse bei den Körperschaften. Ihnen hat der Gesetzgeber eine von der Existenz ihrer Mitglieder weitgehend verschiedene Sonderexistenz zugesprochen.¹⁵ Die Gesamtheit wird von der Persönlichkeit der Einzelnen in der Weise abgelöst, dass ein Wechsel im Bestand der Mitglieder die Existenz der Körperschaft nicht berühren kann. Ein Wechsel im personellen Bestande ändert nichts an den Grundlagen des Verbandes.¹⁶ Damit wird ein Ausscheiden im Sinne der Beendigung der Mitgliedschaft erst möglich. Die Art und Weise des Ausscheidens nun, ist eine unterschiedliche, je nach dem es sich um Ausscheiden aus einer Personal- oder um Ausscheiden aus einer Kapitalkörperschaft handelt.

Zu den Personalkörperschaften zählt man den Verein und die Genossenschaft. Das ausschlaggebende Merkmal, das sie von den Kapitalvereinigungen abhebt, besteht darin, dass bei ihnen die Persönlichkeit, und nicht die ökonomische Beteiligung der Mitglieder im Vordergrund steht.¹⁷ Eine gewisse Verwandtschaft der Personalkörperschaften mit den Personalgesellschaften ist in dieser Hinsicht unverkennbar.¹⁸ Sie unterscheiden sich jedoch von den Gesellschaften dadurch, dass sie juristische Persönlichkeit besitzen, über eine kollektivistische Organisation verfügen und in der Regel auf einer grösseren Mehrzahl von Personen beruhen. Die Mitgliedschaft selber ist ebenfalls persönlicher Natur und kann grundsätzlich nur durch Herstellung oder Auflösung der persönlichen Beziehungen der Mitglieder zur Vereinigung erworben oder verloren werden. Erforderlich ist also sowohl für die Begründung als auch für die Beendigung der Mitgliedschaft ein persönliches Rechtsgeschäft zwischen Mitglied und Verband.¹⁹ Für die Begrün-

¹³ Vgl. Art. 557 Abs. 2 in Verb. mit Art. 545 Ziff. 2 OR.

¹⁴ Vgl. Wieland I 486; Siegwart Vorbem. zu Art. 530—551 N 17c; Canner 23 f.

¹⁵ Vgl. Egger Vorbem. zum 3. Titel N 10; Spörri 64; Tissières 41.

¹⁶ Wieland I 486; Siegwart Vorbem. zu Art. 530—551 N 17c; Ruth 458.

¹⁷ Vgl. Schwarzenbach 42; Frey 105 ff.; Hensel 52.

¹⁸ Vgl. Wieland I 477.

¹⁹ Darin unterscheiden sich die Korporationen von den Gesellschaften. Bei diesen kann die Mitgliedschaft nur durch Abschluss oder Aufhebung des Gesellschaftsvertrages erworben oder beendet werden. Bei jenen steht zum gleichen Zweck ein besonderes Rechtsgeschäft zwischen Mitglied und Verband zur Verfügung.

derung der Mitgliedschaft braucht es normalerweise zwei Willenserklärungen: Ein Beitritts-gesuch²⁰ des Beitrittslustigen und die Annahmeerklärung²¹ seitens des Verbandes.²² Die Beendigung der Mitgliedschaft hingegen erfordert nur eine einseitige Willenserklärung. Das austrittslustige Mitglied kann durch die bloss e Abgabe einer einseitigen und empfangsbedürftigen Willenserklärung sein Ausscheiden erzwingen, ohne dass hierzu das Einverständnis der Vereinigung selber nötig wäre. Umgekehrt besteht auch für den Verband die Möglichkeit, einzelne seiner Mitglieder durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung auszustossen, ohne dass dabei auf die Zustimmung des Ausgestossenen Rücksicht zu nehmen wäre. Im ersten der geschilderten Fälle spricht man von Austritt²³, im zweiten Falle dagegen von Ausschluss²⁴. Durch Austritt und Ausschluss werden sämtliche Beziehungen zwischen dem Verband und dem Mitglied gelöst. Beide Rechtsinstitute haben also den gänzlichen Untergang der Mitgliedschaft sowohl für das ausscheidende Mitglied als auch für den Verband selber zur Folge. In anderer Weise als durch Austritt und Ausschluss kann das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis bei den Personalkorporationen in der Regel nicht gelöst werden. Insbesondere ist die Beendigung der Mitgliedschaft durch Uebertragung an einen Dritten normalerweise ausgeschlossen.²⁵ Dies ist selbstverständlich, da man dem Verband, dem es auf die persönlichen Eigenschaften seiner Mitglieder ankommt, nicht zumuten kann, einen durch den Ausscheidenden wahllos bestimmten Nachfolger in seine Reihen aufzunehmen.

Dieselben Grundsätze gelten auch für Genossenschaften, die ihren Mitgliedern die Pflicht zur Leistung eines ein für allemal fest bestimmten Vermögensbeitrages überbinden. Dem aus der Pflicht zur Vermögensleistung entspringenden Vermögensanteil²⁶, hier Genossenschaftsanteil²⁷ genannt, kommt zwar innerhalb der Mitgliedschaft eine gewisse Sonderexistenz zu, doch bleibt er grundsätzlich immer unablösbarer Bestandteil der Mitgliedschaft. Für die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft ist der Genossenschaftsanteil nicht von entscheidender Be-

²⁰ Vgl. Art. 840 Abs. 1 OR.

²¹ Vgl. Art. 840 Abs. 3 OR.

²² Vgl. Ruth 487; Winkler 84 ff.; Frey 45 ff.

²³ Vgl. Art. 70 Abs. 1 ZGB und Art. 842 ff. OR.

²⁴ Vgl. Art. 72 ZGB und Art. 846 OR.

²⁵ Vgl. Egger Art. 70 N 11.

²⁶ Vgl. zum Begriff des Vermögensanteils: Oben S. 22.

²⁷ Eine gute Begriffsbestimmung des Genossenschaftsanteils gibt Hensel 45 f.

deutung. Er ist nach neuerer Ansicht nicht Voraussetzung sondern lediglich Akzessorium²⁸ oder, wie man dies auch nennen kann, Ausfluss²⁹ der persönlichen Mitgliedschaft. Die Uebertragung des Genossenschaftsanteils bewirkt daher nicht die Uebertragung der Mitgliedschaft.³⁰ Er teilt im Gegenteil das Schicksal der persönlichen Mitgliedschaft.³¹ Somit bleibt es auch bei Genossenschaften mit Genossenschaftsanteilen grundsätzlich bei der für alle Personenverbände geltenden Regelung des Ausscheidens: Das Ausscheiden erfolgt auch hier durch Austritt oder Ausschluss.³²

Das Ausscheiden aus den Kapitalkörperschaften endlich unterscheidet sich sowohl vom Ausscheiden aus den Personalgesellschaften als auch vom Ausscheiden aus den Personalkörperschaften. Die AG³³, als reinste Repräsentantin des kapitalistischen Vereinigungstypus, verfügt zwar wie Verein und Genossenschaft über die Rechtspersönlichkeit und eine korporative Organisation.³⁴ Im Gegensatz zu diesen tritt jedoch bei ihr das persönliche Moment gänzlich zurück.³⁵ Der Aktionär ist in erster Linie Kapitalgeber und nicht persönlicher Mitarbeiter. Eine andere Pflicht als die Pflicht zur Einzahlung seiner Aktie kann ihm auch durch die Statuten nicht auferlegt werden.³⁶ Die aktienrechtliche Mitgliedschaft hat deshalb ausgesprochen vermögensrechtlichen Charakter.³⁷ Entscheidend im Rahmen des gesamten mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnisses ist der Vermögensanteil, die Aktie. Die Aktie ist in jeder Hinsicht Grundlage und Voraussetzung der Mitgliedschaft.³⁸ Diese Tatsache äussert sich unter anderm auch in bezug auf den Erwerb und den Verlust der Mitgliedschaft. Die Aktionäreigenschaft kann nur durch den Erwerb der Aktie erworben und nur durch Veräusserung der Aktie verloren werden. Einem austrittslustigen Aktionär steht deshalb zur Durchführung seines Ausscheidens nur der Weg der Veräusserung seines Aktienbesitzes offen. Der Erwerber der Aktie aber tritt, da die persön-

²⁸ Vgl. Frey 42 ff.

²⁹ Vgl. Hensel 54.

³⁰ Art. 849 Abs. 1 OR. — Gerwig 166; Hensel 170; Frey 44.

³¹ Vgl. Gerwig 168.

³² Zu beachten sind die in Art. 849 und Art. 850 OR geregelten Ausnahmen.

³³ Vgl. zu Begriff und Wesen der AG: Wieland I 392 f., Wieland II 1 ff.; Siegwart Einleitung AG N 2; Spörri 85 ff.; Bertsch 83 ff.

³⁴ Vgl. Siegwart Einleitung AG N 19 ff.; Fischer 5.

³⁵ Vgl. Wieland I 477, Wieland II 2; Schwarzenbach 40.

³⁶ Art. 680 Abs. 1 OR.

³⁷ Vgl. Gierke DPR, Bd. 1, 492; Frey 114; Hensel 48 f.

³⁸ Vgl. Müller- Erzbach 279.

liche Mitgliedschaft untrennbar mit der Aktie verbunden ist³⁹, automatisch in die mitgliedschaftliche Rechtsstellung des Veräusserers ein. Im Gegensatz zu den Personalkörperschaften, bei denen der Vermögensanteil das Schicksal der persönlichen Mitgliedschaft teilt, folgt bei der AG die Mitgliedschaft dem Vermögensanteil. Beim Ausscheiden aus der AG liegt also ein typischer Fall des Mitgliedschaftswechsels vor. Bezeichnend für die Unpersönlichkeit der aktienrechtlichen Mitgliedschaft ist, dass sich die AG in der Regel⁴⁰ eine Mitwirkung bei der Uebertragung der Aktie nicht vorbehält. Sie überlässt es dem Aktionär, seinen Nachfolger nach seinem freien Willen zu bestimmen.

Austritt und Ausschluss sind im Gegensatz zu den Personalkörperschaften gänzlich ausgeschlossen. Dies ergibt sich schon aus rein theoretischen Gründen. Denn, wenn schon der Vermögensanteil die entscheidende Grundlage der Mitgliedschaft des Aktionärs bildet, so wäre eine Auflösung der Mitgliedschaft durch ein persönliches Rechtsgeschäft zwischen Aktionär und AG nicht sehr sinnvoll. Der Hauptgrund für die Unmöglichkeit eines Ausscheidens durch Austritt oder Ausschluss ist jedoch anderswo zu suchen. Austritt und Ausschluss haben, da sie das gesamte mitgliedschaftliche Verhältnis beendigen, für die Vereinigung die Pflicht zur Rückzahlung der Kapitaleinlage zur Folge. Eine Rückzahlung der Einlage darf aber bei der AG mit Rücksicht auf die Interessen der Gläubiger nicht erlaubt werden.⁴¹ Den Gläubigern steht, da eine persönliche Haftung der Aktionäre ausgeschlossen ist, einzig das Gesellschaftsvermögen als Haftungsobjekt zur Verfügung. Die AG ist deshalb zur Sicherung der Interessen der Gläubiger verpflichtet, ein zum voraus bestimmtes Kapital zu deklarieren und zu erhalten.⁴² Die Pflicht zur Erhaltung des Grundkapitals bedeutet aber nichts anderes als ein Verbot der Rückzahlung der Einlage. Für ein Ausscheiden durch Austritt oder Ausschluss ist daher bei der AG kein Raum. Die aktienrechtliche Mitgliedschaft kann somit in allen Fällen nur durch Uebertragung der Aktie beendet werden.⁴³

Fasst man die Ergebnisse der Ausführungen dieses Paragraphen zu-

³⁹ Vgl. Gerwig 168.

⁴⁰ Eine Ausnahme bilden die AG mit Namenaktien. — Vgl. Art. 684 ff. OR.

⁴¹ Art. 680 Abs. 2 OR. — Vgl. Wieland II 24 ff.

⁴² Vgl. Wieland I 392; Siegwart Art. 620 N 4 ff.; Frey 112.

⁴³ a. A. Fischer 384 f., der mindestens bei der Nebenleistungs-AG des deutschen Rechts Austritt und Ausschluss gestatten will, sofern keine Rückzahlung der Einlage stattfindet.

sammen, so stellt man fest, dass in der Tat jeder Vereinigungstypus seine ihm eigentümliche Art des Ausscheidens kennt. Das Ausscheiden aus Gesellschaften ist grundsätzlich nur möglich durch Auflösung des Gesellschaftsvertrages selber. Bei den Personalkörperschaften wird es durch eine einseitige Willenserklärung, die beim Austritt vom Mitglied aus, beim Ausschluss vom Verband aus geht, herbeigeführt. Bei den Kapitalkörperschaften endlich kann ein Ausscheiden nur durch Uebertragung des Vermögensanteils bewirkt werden.

2. KAPITEL

Die grundsätzliche Bedeutung des Austritts und Ausschlusses aus der GmbH

§ 1. Das Wesen der GmbH

Auch bei der GmbH trifft für das Ausscheiden zu, was für die andern Vereinigungsformen gesagt worden ist: Die Form des Ausscheidens ist auch bei ihr grundsätzlich auf den Charakter der Mitgliedschaft ausgerichtet, und der Charakter der Mitgliedschaft bestimmt sich seinerseits nach dem Wesen der GmbH. Um die eigenartige Ordnung des Ausscheidens aus der GmbH zu verstehen, muss deshalb vorerst kurz auf das Wesen der GmbH eingegangen werden. Immerhin ist damit nicht beabsichtigt, Charakter und Rechtsnatur der GmbH abschliessend und restlos ergründen und würdigen zu wollen.¹ Der Zweck der folgenden Ausführungen besteht lediglich darin, jene Elemente der GmbH herauszustellen, die für die besondere Problematik des Austritts oder Ausschlusses bestimmend sind.

Untersucht man zunächst einmal, welche Absichten der Gesetzgeber mit der Einführung der GmbH verfolgte², so stellt man fest, dass der GmbH zwei Rollen, die ihrem Wesen nach ausserordentlich verschieden sind, zugedacht waren. Der Hauptzweck, dem die GmbH dienen soll, besteht darin, dem Verkehr eine Gesellschaftsform zur Verfügung zu stellen, die den Zusammenschluss einiger weniger Personen erlaubt, ohne dass diese für die Schulden der Gesellschaft unbeschränkt eintreten müssen.³ Gleichzeitig sollte aber zur Vermeidung der unerfreulichen Erfahrungen, die man in dieser Beziehung mit der deutschen GmbH gemacht hatte⁴, dem Schutz der Interessen der Gläubiger in möglichst hohem Masse Rechnung getragen werden.⁵ Daneben aber war es die

¹ Dieser Verzicht rechtfertigt sich umso mehr, als das Wesen der GmbH schon sehr häufig in mehr oder weniger eingehender Form besprochen worden ist. — Vgl. beispielsweise Arnold 1 ff.; Canner 22 ff.; Egger SJZ 14 ff.; Feine 31 ff.; Kaufmann 17 ff.; Schwarzenbach 9 ff.; Spörri 97 ff.; Tissières 2. Kap., 31 ff.; Haab, 7 Vorträge, 32 ff.

² Vgl.: Botschaft 68 ff.; StenBull StR 1931, 619 ff.; StenBull NR 1934, 733 ff.

³ Vgl.: Botschaft 68 ff.; Spörri 16; Gamma 2; Schwarzenbach 10; Fanconi 19.

⁴ Vgl. das Buch von Fränkel.

⁵ Daraus erklärt sich das eigenartige Haftungssystem der schweiz. GmbH, das das aktienrechtliche System der gegenständlich beschränkten Haftung mit einer beschränkt persönlichen Haftung verbindet. Vgl. unten S. 115 ff.

Absicht des Gesetzgebers, in der GmbH eine für Kartelle geeignete Organisationsform zu schaffen.⁶ Es ist selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Erörterung, dass die Vereinigung zweier so verschiedener Zielsetzungen in ein und derselben Organisation nur mit einer gewissen Zerrissenheit und Uneinheitlichkeit der zu schaffenden Vereinigungsform erkaufte werden konnte.

So besteht denn auch das Hauptmerkmal der GmbH des schweizerischen Rechts in einer aussergewöhnlichen inneren Uneinheitlichkeit. Auffallend ist vor allem die Diskrepanz zwischen ihrer äusseren Form, die eine starre und zwingend geregelte ist, und ihrem inneren Wesen, für dessen Regelung das Gesetz den Beteiligten grösstmögliche Freiheit gelassen hat.

In ihrer formalen Ausgestaltung entspricht die GmbH durchaus unseren Vorstellungen von einer Kapitalkorporation⁷. Sie verfügt wie die AG über juristische Persönlichkeit⁸, beruht nicht auf einem Gesellschaftsvertrag, sondern auf einem Statut⁹ und ist verpflichtet, ein zum voraus bestimmtes Kapital¹⁰ aufzubringen¹¹ und zu erhalten¹². Das Gesetz hat dementsprechend die Normen über die Gründung, das Statut, das Stammkapital und dessen Aufbringung und Sicherung als zwingende ausgestaltet.¹³ Die äussere Form der GmbH steht deshalb ein für allemal fest und bleibt für jede konkrete GmbH dieselbe, gleichgültig welchem Zweck sie dienen mag und welche Ausgestaltung durch die Beteiligten im einzelnen gewählt worden ist.

Neben der formalen Gestalt der GmbH ist im wesentlichen nur noch die beschränkt-persönliche Haftung zwingend geregelt, die somit auch zu den unverlierbaren Merkmalen der GmbH gehört. Sonst aber besteht weitgehende Freiheit in bezug auf die Ausgestaltung sowohl der Organisation wie auch der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern. Die Wirkung dieser Freiheit in der internen Ausgestaltung ist die, dass die GmbH sich in ihrem Wesen im konkreten Fall sozusagen jeder beliebigen Organisationsform nähern kann.

⁶ Prot. Exp. 473 ff.; Botschaft 69; StenBull StR 1931, 628; Fanconi 74.

⁷ Vgl. Egger SJZ 15; Janggen-Becker Art. 772 N 3.

⁸ Art. 783 OR. — Vgl. Hachenburg ZSR 334; Spörri 16 ff.; Tissières 41, 55; Lecoultré 10; Egger SJZ 29; Siegwart, allg. Einl. zur 3. bis 5. Abtlg. N 28.

⁹ Art. 776 ff. OR.

¹⁰ Art. 772 Abs. 1 OR.

¹¹ Art. 772 Abs. 2 OR.

¹² Art. 806 OR.

¹³ Vgl. Spörri 179.

In seinem Normalstatut hat das Gesetz auf der kapitalistischen Grundlage ein Gebilde aufgebaut, das in auffallender Weise der Kollektivgesellschaft zuneigt. Das gesetzliche Normalstatut ist demnach als Verwirklichung des oben erwähnten Hauptzweckes der GmbH anzusprechen. Die Verwandtschaft mit der Kollektivgesellschaft zeigt sich einmal in der vorherrschend individualistischen Organisation.¹⁴ Als oberstes Willensbildungsorgan fungiert zwar, wie bei allen Körperschaften, eine Versammlung aller Mitglieder, hier Gesellschafterversammlung genannt, die mit nicht unbeträchtlichen unentziehbaren¹⁵ Kompetenzen ausgerüstet ist.¹⁶ Die Geschäftsführung und Vertretung¹⁷, sowie die Kontrolle durch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter¹⁸, stehen dagegen nicht besonderen Organen zu, sondern werden von den Gesellschaftern kraft Mitgliedschaft¹⁹ ausgeübt.

Die Verwandtschaft mit der Kollektivgesellschaft wird überdies gestärkt durch die stark persönliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern. Der GmbH-Gesellschafter hat nicht nur, wie der Aktionär, die Pflicht zur Deckung seiner Kapitaleinlage. Er hat überdies das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung.²⁰ Ferner trifft den geschäftsführenden Gesellschafter ein Konkurrenzverbot²¹, das in seinem Inhalt und Umfang demjenigen des Kollektivgesellschafters entspricht²². Der persönliche Gehalt der GmbH kann zudem verstärkt werden durch die Einführung von Nebenleistungs-²³ und Nachschusspflichten²⁴.

¹⁴ Vgl. Widmer 16 ff.

¹⁵ Art. 810 Abs. 1 OR; vgl. Widmer 72 ff.

¹⁶ In einer Gesellschaft, in der alle Gesellschafter Geschäftsführer sind, wird die Gesellschafterversammlung allerdings praktisch bedeutungslos. — Vgl. Gamma 52.

¹⁷ Art. 811 ff. OR. — Vgl. Schwarzenbach 18 ff.; Neuenschwander 70 ff.; Gamma 43 ff.

¹⁸ Art. 819 Abs. 1 OR. — Vgl. Gamma 102 ff.; Neuenschwander 76 ff.; Widmer 85 ff.

¹⁹ Bei der Geschäftsführung trifft dies zwar nur für die Gründer-Gesellschafter zu. Die Statuten können aber ohne weiteres das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung auch auf die nachträglich eintretenden Gesellschafter ausdehnen. — Vgl. Art. 811 Abs. 3 OR; Janggen-Becker Art. 811 N 12; Gamma 51.

²⁰ Art. 811 Abs. 1 OR.

²¹ Art. 818 Abs. 1 OR.

²² Art. 561 OR.

²³ Art. 777 Ziff. 2 OR. — Für Begriff und Arten der Nebenleistungspflichten vgl.: Janggen-Becker Art. 777 N 11 ff.; Herzog 30 ff.; Fanconi 74; Neuenschwander 51 ff.; Schwarzenbach 27 ff.; Feine 119 ff.; Brodmann § 3 A 7; Hachenburg § 3 A 24 ff., A 32 f.

²⁴ Art. 803 OR. — Vgl. Neuenschwander 30 ff.

Da den Statuten, wie schon bemerkt, in bezug auf die interne Ausgestaltung weitgehende Freiheit eingeräumt ist, kann aber die GmbH nach verschiedenen Richtungen umgestaltet werden und sich so in ihrem Wesen von dem im gesetzlichen Normalstatut vorgezeichneten «Idealtypus» weitgehend entfernen.

So bleibt es den Statuten unbenommen, eine kollektivistische Organisation anzuordnen, indem sie die Geschäftsführung und die Kontrolle besonderen Organen übertragen.²⁵ Die Angehörigen dieser Organe üben dann ihre Funktionen nicht mehr kraft Mitgliedschaft, sondern auf Grund eines Vertragsverhältnisses, z. B. Dienstvertrag oder Auftrag, aus.²⁶ Das innere Wesen der GmbH nähert sich in einem solchen Falle, besonders, wenn es sich um eine Gesellschaft mit einer grösseren Mitgliederzahl handelt²⁷, weitgehend ihrer äusseren Form. Die GmbH ist nicht mehr nur formell sondern auch materiell zur Körperschaft geworden.

Lassen es die Statuten einer solchen, kollektivistisch organisierten Gesellschaft bei der Pflicht zur Liberierung der Stammeinlage, als der allein übrig bleibenden gesetzlichen Mitgliedschaftspflicht bewenden, so unterscheidet sich die GmbH, abgesehen von der persönlichen Haftung der Gesellschafter, nicht mehr wesentlich von einer AG mit vinkulierten Namenaktien. Verstärken die Statuten aber umgekehrt die persönliche Bindung der Gesellschafter an die Gesellschaft, z. B. durch eine Nachschusspflicht oder gar durch Einführung von Nebenleistungspflichten, so nähert sich die GmbH den Personalkörperschaften, insbesondere der Genossenschaft. Im Extremfall werden die persönlichen Pflichten zur Hauptpflicht. Ganz besonders trifft dies zu bei Kartellen²⁸, wo das Schwergewicht eindeutig auf der Einhaltung der dem Gesellschafter durch Nebenleistungspflicht auferlegten Kartellpflichten ruht.²⁹ Die Kapitalleistungspflicht aber, die juristisch die primäre Pflicht darstellt, wird praktisch bedeutungslos und der Unterschied zwischen der Genossenschaft und der GmbH ist nurmehr ein sehr theoretischer.

²⁵ Vgl. Art. 812 und Art. 819 Abs. 2 OR; Widmer 85 ff., 100 ff.

²⁶ Vgl. Gamma 55 ff.; Janggen-Becker Art. 811 N 10.

²⁷ Eine grössere Zahl von Mitgliedern ist durchaus denkbar, da die obere Grenze für das Stammkapital zwei Millionen Franken, der Minimalbetrag der einzelnen Stammeinlage tausend Franken beträgt. Daraus ergibt sich eine Maximalzahl von immerhin 2000 Mitgliedern.

²⁸ Vgl. über die Kartell-GmbH: ausführlich Herzog, 3. Kap., 98 ff. und Gross II. Teil, 61 ff.; ferner auch Wieland II 279 ff.

²⁹ Vgl. Herzog 19; Schwarzenbach 28 f.

Die vorstehenden Ausführungen über die Ausgestaltungsmöglichkeiten der GmbH zeigen deutlich, dass die allgemein übliche Charakterisierung der GmbH³⁰ als einer Gesellschaftsform, die ihrem Wesen nach zwischen der Kollektivgesellschaft und der AG stehe, nicht vollständig sein kann. Will man das Wesen der GmbH vollständig erfassen, so muss der Rahmen der Betrachtungen weiter gespannt werden.

Jeder GmbH eigentümlich ist ihre kapital-körperschaftliche Basis. Auf dieser Basis kann nun, wie soeben gezeigt worden ist, die GmbH in verschiedener Richtung ausgestaltet werden. Möglich ist sowohl eine kollektivgesellschaftsähnliche, als auch eine AG-ähnliche, wie auch letzten Endes eine genossenschaftsähnliche Ausgestaltung. Der Rahmen, innerhalb welchem wir die konkrete GmbH zu suchen haben, spannt sich also von der Kollektivgesellschaft über die AG bis zur Genossenschaft. Damit ist aber bewiesen, was am Anfang dieses Paragraphen lediglich behauptet wurde: Die GmbH als Gesellschaftsform³¹ zeichnet sich vor allem durch ihre innere Zerrissenheit und Uneinheitlichkeit aus. Sie weist gesellschaftliche und körperschaftliche, wie auch kapitalistische und persönliche Züge auf und vereinigt somit alle Elemente der privatrechtlichen Gemeinschaftsbildung in ein und derselben Gesellschaftsform.³²

Damit soll nichts gegen die praktische Brauchbarkeit der GmbH gesagt sein. Für den Betrachter der GmbH dagegen erwachsen aus dieser Uneinheitlichkeit erhebliche Schwierigkeiten. Weil nie zum voraus feststeht, welchen Charakter die GmbH hat, lässt sich nur wenig Allgemeingültiges über sie aussagen. Das Wesen der GmbH kann immer nur auf Grund einer eingehenden Würdigung des konkreten Statuts ausgemacht werden. Dann aber ergeben sich aus der Uneinheitlichkeit der GmbH erhebliche Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung.³³ In Zweifelsfällen, insbesondere aber wenn sich eine Lückenfüllung als notwendig erweist, sind sinngemäss die Normen aus dem Recht derjenigen Vereinigungsform herbeizuziehen, mit dem die konkrete GmbH am meisten Verwandtschaft aufweist. Diese Norm kann nicht nur, wie dies meist behauptet wird³⁴, im

³⁰ Vgl. z. B.: Siegwart, Einl. zur 3. Abtlg. N 1, Einleitung AG N 63; Janggen-Becker Art. 772 N 3; Wieland I 393; Kaufmann 17; Rosenberg 85; Schwarzenbach 10; Tissières 55.

³¹ Die einzelne, konkrete GmbH dagegen, kann bei logisch richtiger und dem wirtschaftlichen Zweck entsprechender Ausgestaltung durchaus einen geschlossenen Eindruck machen.

³² Vgl. Arnold 1 f.

³³ Vgl. Kaufmann 20.

³⁴ Vgl. Egger SJZ 15; Schwarzenbach 10.

Recht der Kollektivgesellschaft oder im Recht der AG, sondern je nach den konkreten Umständen auch im Recht der Genossenschaft, ja vielleicht sogar im Vereinsrecht gefunden werden.

§ 2. Die GmbH-Mitgliedschaft und ihre Beendigung im allgemeinen

Die Mitgliedschaft in der GmbH ist ein getreues Spiegelbild ihres allgemeinen Wesens. Auch sie hat eine kapitalistische Grundlage, auf der sich, je nach der statutarischen Ausgestaltung im Einzelfall, ein mehr oder weniger ausgebildetes System persönlicher Rechte und Pflichten erhebt.

Die kapitalistische Basis wird durch den Gesellschaftsanteil¹ gebildet, der nicht identisch ist mit der gesamten Mitgliedschaft, wie dies beinahe durchwegs behauptet wird². Der Gesellschaftsanteil ist genau gleich wie die Aktie und der Genossenschaftsanteil nur Ausschnitt der gesamten Mitgliedschaft.³ Er drückt die ökonomische Beteiligung des Gesellschafters an der Gesellschaft aus.⁴ Sein Inhalt und Umfang bestimmt sich nach der Stammeinlage. Im einzelnen umfasst er, wie jeder andere Vermögensanteil, die Pflicht zur Einzahlung des restlichen Betrages auf die Stammeinlage, sowie das Recht auf einen Gewinn- oder einen eventuellen Liquidationsanteil. Im Gegensatz zum Genossenschaftsanteil⁵ bildet er — auch in dieser Hinsicht gleicht er der Aktie — die Grundlage der Mitgliedschaft in der Weise, dass sein Erwerb den Erwerb der Mitgliedschaft nach sich zieht⁶ und ohne seinen Erwerb die Mitgliedschaft überhaupt nicht erworben werden kann. Kurz: im Gesellschaftsanteil ist der Ver-

¹ Vgl. Art. 789 Abs. 1 OR.

² Vgl. Arnold 4; Fanconi 23; Gamma 4, 15 f., 17 f.; Gelzer 5; Janggen-Becker Art. 789 N 1; Haab ZbJV 152; Schoch 29; Tissières 65; Trüb 11; Hachenburg § 14 A 4; Wieland II 310.

³ Vgl. Schwarzenbach 44.

⁴ Vgl. Feine 259, 270 ff. Dieser Autor spricht aber von einer Doppelnatur des Gesellschaftsanteils und versteht unter diesem Begriff bald die gesamte Mitgliedschaft, bald nur deren vermögensrechtlichen Kern. Die gleiche Ansicht wie Feine vertreten Canner (7, 10, 46, 50 f.) und Früh (45).

⁵ Zu Begriff und Wesen des Genossenschaftsanteils vgl. Hensel 35 ff., insbesondere 45 f. und Frey 12 ff., 42 ff.

⁶ Der Erkenntnis, dass der Erwerb des Gesellschaftsanteils nicht gleichbedeutend ist mit dem Erwerb der gesamten Mitgliedschaft, können sich auch diejenigen Autoren nicht entziehen, die den Gesellschaftsanteil mit der Mitgliedschaft identifizieren. — Vgl. z. B. Janggen-Becker Art. 799 N 9, wo es heisst: «Der Ausgeschlossene verliert den Anteil und mit ihm seine Mitgliedschaft.» Ähnlich auch Botschaft 74.

mögensanteil der GmbH-Mitgliedschaft zu erblicken, der als solcher Grundlage und Voraussetzung der Mitgliedschaft bildet.

Im Gegensatz zur aktienrechtlichen Mitgliedschaft ist bei der GmbH-Mitgliedschaft die Einheitlichkeit auch in Ansehung der Kapitalgrundlage durchgeführt.⁷ Der Gesellschafter kann nur eine Stammeinlage besitzen⁸, und bei Erwerb des Gesellschaftsanteils eines Mitgesellschafters verschmilzt die Stammeinlage mit derjenigen, die dem erworbenen Gesellschaftsanteil zugrunde liegt⁹.

Die persönliche Seite der Mitgliedschaft lässt sich nicht ein für allemal allgemeingültig und abschliessend beschreiben. In allen Fällen umfasst sie das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung¹⁰, das Stimmrecht¹¹, sowie das Recht auf Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen¹². Mit jeder GmbH-Mitgliedschaft entsteht ferner noch die beschränkt-persönliche Haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.¹³ Im übrigen ist für die persönlichen Rechte und Pflichten auf das Statut im Einzelfalle abzustellen. Weitere persönliche Rechte und Pflichten des GmbH-Gesellschafters sind z. B.: Das Kontrollrecht der nicht geschäftsführenden Gesellschafter, das Recht und die Pflicht auf Geschäftsführung und Vertretung, die Konkurrenzenthaltungspflicht, die Nachschusspflicht und die sog. Nebenleistungspflichten.¹⁴

Die GmbH-Mitgliedschaft enthält also, eingebettet in die kapitalistische Beteiligung, eine ausgeprägte persönliche Komponente. Diesem Umstand musste der Gesetzgeber bei der Beendigung der Mitgliedschaft Rechnung tragen. Die kapitalistische Komponente der GmbH-Mitgliedschaft wird in der Weise berücksichtigt, dass der Gesellschafter, gleich wie der Aktionär, sein Ausscheiden im allgemeinen nur durch Uebertragung seines Gesellschaftsanteils herbeiführen kann.¹⁵ Da es aber der stark persönlich

⁷ Vgl. J a n g g e n - B e c k e r Art. 774 N 4 und Art. 796 N 1.

⁸ Art. 774 Abs. 2 OR.

⁹ Art. 796 Abs. 2 OR.

¹⁰ Vgl. G a m m a 63 ff.

¹¹ Art. 808 Abs. 4 und 5 OR. — Vgl. G a m m a 69 ff.; J a n g g e n - B e c k e r

Art. 808 N 9 ff.; M ü l l e r W. 100; N e u e n s c h w a n d e r 79 ff.

¹² Art. 808 Abs. 6 OR. — Vgl. G a m m a 111 ff.; M ü l l e r W. 105 ff.; N e u e n s c h w a n d e r 94 ff.

¹³ Die Haftung ist nicht, wie oft fälschlicherweise behauptet wird, eine mitglied-schaftliche Pflicht. Sie ist eine gesetzliche Pflicht des Mitglieds, die in ihrer Entstehung von der Begründung der Mitgliedschaft abhängig ist.

¹⁴ Zu den persönlichen Rechten und Pflichten sind die im letzten Paragraphen gemachten Ausführungen zu vergleichen. — Vgl. oben S. 37 ff.

¹⁵ Art. 791 Abs. 1 OR. — Vgl. J a n g g e n - B e c k e r Art. 791 N 3 f.; C a n n e r §§ 5, 6 und 7, S. 43 ff.; L e c o u l t r e 37 ff.; S c h w a r z e n b a c h 43 ff.; A r n o l d 13 ff.; M ü l l e r W. 33 ff.

orientierten GmbH nicht gleichgültig sein kann, wenn sie als Gesellschafter aufnimmt, genügt die Uebertragung des Gesellschaftsanteils für die Beendigung der Mitgliedschaft nicht. Erforderlich ist vielmehr, soll die Uebertragung des Gesellschaftsanteils und damit gleichzeitig der Wechsel in der Mitgliedschaft zu Stande kommen, neben der Anmeldung der Uebertragung¹⁶, die Zustimmung von Dreivierteln sämtlicher Gesellschafter, die Dreiviertel des eingetragenen Stammkapitals vertreten¹⁷, sowie die Eintragung im Anteilbuch¹⁸. Wir können also deutlich zwei Geschäfte auseinander halten: Das individualrechtliche Geschäft der Uebertragung des Gesellschaftsanteils und das sozialrechtliche Geschäft des Beitritts und der Annahme durch die Gesellschaft¹⁹. Ist die Zustimmung der Gesellschaft und die Eintragung im Anteilbuch nicht erhältlich, so fällt grundsätzlich auch das individualrechtliche Geschäft der Uebertragung des Gesellschaftsanteils wegen Unmöglichkeit gemäss Art. 119 OR dahin.²⁰

Diese Art der Beendigung der Mitgliedschaft trägt den Charakter eines Mitgliedschaftswechsels an sich und unterscheidet sich von der Uebertragung vinkulierter Namenaktien nur sehr wenig. In gewissen Fällen ist es aber auch möglich, ein Ausscheiden herbeizuführen, ohne dass der ausscheidende Gesellschafter ersetzt würde. Dies trifft zu bei Uebertragung des Gesellschaftsanteils an einen Mitgesellschafter, sowie dann, wenn die Gesellschaft eigene Anteile erwirbt²¹, sei es zwecks Amortisation²² oder sei es, weil sie den Gesellschaftsanteil aus irgend welchen Gründen ihren Aktiven einverleiben will oder muss²³. Eine gewisse Aehn-

¹⁶ Vgl. Arnold 15 ff.; Canner 79 ff.; Lecoultré 47 ff.; Müller W. 36; Schwarzenbach 47 ff.; Janggen-Becker Art. 791 N 5.

¹⁷ Art. 791 Abs. 2 OR. — Vgl. Janggen-Becker Art. 791 N 7; Canner 46, 91 ff.; Arnold 16 ff.; Lecoultré 50; Müller W. 36.

¹⁸ Die Eintragung im Anteilbuch hat, entsprechend dem klaren Wortlaut des Gesetzes, Konstitutiv-Effekt. — gl. A.: Janggen-Becker Art. 791 N 12; Egger SJZ 32; Haab ZbJV 151 f.; Canner 90, 101; Tissières 51; Gamma 18 f. — a. A.: Schwarzenbach 51 f.

¹⁹ Vgl. Lecoultré 23.

²⁰ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nur dann in Frage, wenn aus dem Abtretungsvertrag klar hervorgeht, dass sich der Erwerber nötigenfalls mit den abtretbaren Gläubigerrechten, die aus dem Gesellschaftsanteil fliessen, zufrieden geben will. Im Zweifel ist dies jedoch nicht anzunehmen. — Vgl. Carry Beiträge 43.

²¹ Dies ist im Rahmen der in Art. 807 OR geregelten Einschränkungen möglich.

²² Vgl. Janggen-Becker Art. 807 N 11 ff.; Siegwart Art. 659 N 26; Früh 3 ff.

²³ Für die Gründe des Erwerbs eigener Gesellschaftsanteile vgl. z. B.: Janggen-Becker Art. 807 N 6; Früh 2 und 12 ff.

lichkeit mit dem Ausscheiden durch Austritt oder Ausschluss ist unverkennbar. Doch besteht sie lediglich in der schon erwähnten Tatsache, dass der Gesellschaft in diesen Fällen kein neuer Gesellschafter als Ersatz zugeführt wird. Grundsätzlich besteht jedoch zwischen Austritt und Ausschluss einerseits und der Uebertragung des Gesellschaftsanteils an einen Mitgesellschafter oder an die Gesellschaft selbst anderseits ein wesentlicher Unterschied. Im ersten Falle wird die Mitgliedschaft unabhängig vom Vermögensanteil durch eine Willenserklärung beendet. Im zweiten Falle jedoch wird der Verlust der Mitgliedschaft wie bei der Abtretung an einen Dritten durch den Verlust des Gesellschaftsanteils herbeigeführt.

Die in Art. 791 OR zwingend ²⁴ vorgeschriebenen Bedingungen für die Abtretung eines Gesellschaftsanteils, insbesondere aber die für die Zustimmung der Gesellschaft geforderte verstärkte und qualifizierte Mehrheit, bewirken eine weitgehende Erschwerung des Ausscheidens aus der GmbH. In einzelnen Fällen können diese Erschwerungen einer praktischen Verunmöglichung des Ausscheidens gleichkommen, sei es, weil die Zustimmung der Gesellschafter nicht erhältlich ist, oder sei es, weil der zum Ausscheiden entschlossene Gesellschafter keinen Nachfolger findet, der an seiner Stelle in die Gesellschaft eintreten will. Da zudem den Statuten die Möglichkeit offen steht, die Bedingungen für die Abtretung noch zu erschweren ²⁵, ja unter Umständen gänzlich auszuschliessen ²⁶, ist die Gebundenheit des Gesellschafters an die Gesellschaft eine ausserordentlich starke. Dem Gesellschafter bliebe in all den Fällen, in denen eine Abtretung des Gesellschaftsanteils nicht gelingt, nichts anderes übrig, als zu versuchen, sich seiner Bindungen an die Gesellschaft durch eine Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen ²⁷ zu entledigen. ²⁸

In der richtigen Erkenntnis, dass eine so extreme Gebundenheit für den einzelnen Gesellschafter untragbar wäre, ja in vielen Fällen gegen die Grundsätze des Art. 27 ZGB verstossen würde, hat der Gesetzgeber nachträglich in Art. 822 OR die Möglichkeit des Ausscheidens durch Austritt und Ausschluss geschaffen. ²⁹ Diese Lösung ist m. E. zu begrü-

²⁴ Vgl. BGE 64 I 294.

²⁵ Art. 791 Abs. 3 OR. — Vgl. J a n g g e n - B e c k e r Art. 791 N 14.

²⁶ Vgl. G a m m a 122.

²⁷ Vgl. Art. 820 Ziff. 4 OR.

²⁸ Der GmbH-Gesellschafter wäre also in der genau gleichen Lage wie ein Eigentümer von Namenaktien, deren Uebertragung entweder erschwert oder gänzlich ausgeschlossen ist.

²⁹ Die Entwicklungsgeschichte des Art. 822 OR gelangt im nächsten Paragraphen zur Darstellung.

sen, da sie nicht nur den Interessen des einzelnen Gesellschafters, sondern auch den Interessen der Gesellschaft dient, indem diese einerseits die Möglichkeit erhält, missliebige Gesellschafter auszuschliessen, und andererseits die Gefahr einer Klage auf Auflösung aus wichtigen Gründen erheblich herabgemindert wird.

Neben dieser mehr praktisch-tatsächlichen Bedeutung hat die Gewährung eines Austritts- und Ausschlussrechtes auch eine grundsätzliche Tragweite. Sie stellt einen Einbruch in die kapitalistische Grundlage der GmbH dar. Austritt und Ausschluss, die die für die Personalkörperschaften typischen Formen des Ausscheidens sind³⁰, bringen erneut die persönliche Note der GmbH-Mitgliedschaft zum Ausdruck. Es bestätigt sich somit auch für die GmbH-Mitgliedschaft, was schon über das Wesen der GmbH im allgemeinen gesagt wurde: Die GmbH, die auf dem Boden einer Kapitalgesellschaft errichtet ist, reicht ihrem Wesen nach nicht nur in das Recht der Kollektivgesellschaft und der AG, sondern auch in das Recht der Personalkörperschaften hinein.

§ 3. Geschichte und Wesen des Art. 822 OR

Schon zu Beginn der Bemühungen um die Schaffung einer schweizerischen GmbH war man sich klar, dass der GmbH-Gesellschafter im Gegensatz zum Aktionär in die Lage versetzt werden müsste, seine mitgliedschaftlichen Bindungen noch auf andere Weise als durch Abtretung des Gesellschaftsanteils los zu werden. Insbesondere herrschte Einigkeit darüber, dass der ausgeprägt persönliche Charakter der GmbH-Mitgliedschaft und die äusserst starke Gebundenheit der Gesellschafter an die Gesellschaft, die durch die Statuten praktisch bis zur Unauflösbarkeit des Mitgliedschaftsverhältnisses gesteigert werden kann, gebieterisch nach einem Rechtsmittel verlangte, das dem Gesellschafter mindestens in jenen Fällen, wo seine Bindung eine objektiv unhaltbare geworden ist, erlaubt, sich seiner gesellschaftlichen Fesseln auch gegen den Willen der Gesellschaft zu entledigen. Uneinig war man sich jedoch über die Mittel, mit denen dieser zusätzliche Schutz des Gesellschafters zu erreichen sei.

Die beiden ersten Entwürfe begnügten sich damit, dem Gesellschafter ein Recht auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen zu

³⁰ Vgl. oben S. 30 ff.

gewähren.¹ Von einem Recht auf Austritt oder Ausschluss war dagegen nicht die Rede. Ja, der Bericht zu E II lehnt eine solche Möglichkeit des Ausscheidens hauptsächlich aus Rücksicht auf die Kartelle, deren Zweck eine möglichst grosse Gebundenheit ihrer Mitglieder erfordert², ausdrücklich ab.³

Eine Wandlung der Ansichten vollzog sich dann in den Beratungen der Expertenkommission. Diese hielt zwar am Recht der Gesellschafter auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen fest. Daneben fügte sie aber dem Entwurf Hoffmann auf Vorschlag von Carl Wieland zwei neue Artikel ein.⁴ Der erste dieser beiden Artikel⁵ sah sowohl ein Recht der Gesellschafter auf Austritt aus wichtigen Gründen wie auch ein Recht der Gesellschaft auf Ausschliessung einzelner Gesellschafter aus wichtigen Gründen vor. Im zweiten⁶ wurde überdies der Gesellschaft das Recht zuerkannt, in ihren Statuten ein Austrittsrecht vorzusehen, dessen Inhalt und Umfang sie in freier Weise bestimmen kann. Abgelehnt wurde jedoch der Vorschlag Carl Wielands, den Gesellschaftern von Gesetzes wegen ein Recht auf Kündigung der Gesellschaft⁷ zu gewähren.

In bezug auf die Folgen erfuhren diese neu eingeführten Formen des Ausscheidens eine unterschiedliche Behandlung. Bei Austritt und Ausschluss aus wichtigen Gründen wurde eine Abfindung der ausgeschiedenen Gesellschafter ausdrücklich ausgeschlossen, und zudem sollte die Pflicht zur restlichen Einzahlung der Stammeinlage auch nach erfolgtem Ausscheiden nicht wegfallen.⁸ Im Falle des durch die Statuten zu gewährenden Austritts wäre dagegen eine Abfindung des Ausgeschiedenen erlaubt und dieser zur weiteren Liberierung seiner Stammeinlage nach Ausscheiden nicht mehr verpflichtet gewesen.⁹ Eine Abfindung hätte allerdings nur unter Beobachtung der Bestimmungen über die Herabsetzung des Stammkapitals ausbezahlt werden dürfen.

¹ Vgl. E I Art. 793, Ziff. 2 und E II Art. 825, Ziff. 3.

² Vgl. E II, 97; Corradini 84, 204; Gamma 123; Gross 93; Herzog 123.

³ Vgl. E II, 96 f.

⁴ Vgl. Prot. Exp. 531 ff.

⁵ Vgl. Prot. Exp. 531, Art. 825 bis.

⁶ Vgl. Prot. Exp. 532, Art. 825 quater.

⁷ Vgl. Prot. Exp. 531 f., Art. 825 ter. — Damit ist aber ein Recht der Gesellschafter auf Kündigung der Gesellschaft nicht ausgeschlossen worden. Es besteht nur nicht von Gesetzes wegen, sondern muss durch die Statuten ausdrücklich vorgesehen werden. — Vgl. Art. 820, Ziff. 1 OR; Janggen-Becker Art. 820 N 10 ff.; Gamma 129 ff.; Neuenschwander 91 ff.

⁸ Vgl. Abs. 3 des zitierten Art. 825 bis.

⁹ Vgl. Abs. 2 des zitierten Art. 825 quater.

Diese unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Ausscheidensarten stiess aber auf Ablehnung in der Redaktionskommission.¹⁰ In den Berichten dieser Kommission an den Chef des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements wird m. E. zu Recht festgestellt, dass die von der Expertenkommission vorgeschlagene ungleiche Regelung der Folgen des Ausscheidens der inneren Rechtfertigung entbehre und, dass es vor allem als stossend empfunden werden müsse, «dass der ausgeschlossene Gesellschafter noch gewissermassen mit einer Vermögensstrafe belegt werden solle»¹¹. Die Redaktionskommission zog deshalb die Art. 825 bis und 825 quater in einen einzigen Art. 825 bis zusammen, dessen dritter Absatz die Folgen des Ausscheidens für alle Fälle in gleicher Weise regelt. Der ausgeschiedene Gesellschafter sollte danach, ohne Rücksicht darauf, ob sein Ausscheiden durch Austritt oder durch Ausschluss herbeigeführt wurde, Anspruch auf Abfindung haben, wobei allerdings für deren Auszahlung auch die Beobachtung der Vorschriften über die Herabsetzung des Stammkapitals erforderlich war.¹²

Diese Lösung der Redaktionskommission muss als ebenso zweckmässig wie gerecht bezeichnet werden. Doch leider wurde von dieser Kommission übersehen, dass der von Carl Wieland vorgeschlagene Art. 825 bis nicht nur ein Recht der Gesellschaft auf Ausschliessung einzelner Gesellschafter aus wichtigen Gründen, sondern auch ein Recht auf Austritt aus wichtigen Gründen enthielt.

Es ist wohl diesem Umstand zuzuschreiben, dass Art. 811 des bundesrätlichen Entwurfs nur von einem durch die Statuten zu gewährenden Austritt, nicht aber von einem Austritt aus wichtigen Gründen spricht. Die Berichtigung dieses Irrtums wurde dann, neben verschiedenen andern Korrekturen an der bundesrätlichen Vorlage, im Laufe der parlamentarischen Beratungen¹³ über den Revisionsentwurf vorgenommen. Und zwar war es der Nationalrat, der auf Vorschlag seiner Kommission das Recht auf Austritt aus wichtigen Gründen wieder in den Text des Art. 811 E III einfügte.¹⁴ Doch auch der nationalrätlichen Kommission unterlief neuerdings ein Versehen. Sie liess offenbar irrtümlicherweise die Möglichkeit eines durch die Statuten zu gewährenden Austrittsrech-

¹⁰ Vgl. Prot. Exp. 945 f.

¹¹ Vgl. Prot. Exp. 946.

¹² Vgl. Abs. 3 des durch die Redaktionskommission neu formulierten Art. 825 bis (Prot. Exp. 946).

¹³ Vgl. StenBull St R 1931, 639 f.; 1935, 123; StenBull N R 1934, 748; 1935, 202.

¹⁴ Vgl. StenBull N R 1934, 748.

tes fallen, so dass dieser erneute Irrtum durch den Ständerat wieder rückgängig gemacht werden musste¹⁵.

Erst jetzt hatte die Regelung des Austritts und des Ausschlusses aus der GmbH in der Weise definitive Gestalt angenommen, wie sie sich uns im heutigen Art. 822 OR präsentiert. Im ersten Abs. dieses Artikels wird der Gesellschaft das Recht eingeräumt, den Gesellschaftern ein Recht auf Austritt zuzuerkennen, dessen Inhalt und Umfang sie nach eigenem Gutdünken bestimmen kann. Diese Art des Austritts soll im weiteren Verlaufe dieser Arbeit als *statutarischer Austritt* bezeichnet werden. Der zweite Absatz erteilt den Gesellschaftern von Gesetzes wegen das Recht, bei Vorliegen wichtiger Gründe entweder auf Auflösung oder auf Austritt zu klagen. Da dieses Austrittsrecht dem Gesellschafter ohne Rücksicht auf statutarische Anordnungen von Gesetzes wegen zusteht, ist dafür die Bezeichnung *gesetzlicher Austritt* gewählt worden. Im dritten Absatz endlich, wird der Gesellschaft ihrerseits das Recht zugestanden, bei Vorliegen wichtiger Gründe einzelne ihrer Mitglieder auszuschliessen. Weil hier im Gegensatz zum Austritt nicht zwischen zwei verschiedenen Formen unterschieden werden muss, wird fortan zumeist nur noch von *Ausschluss* die Rede sein, wobei damit eben der Ausschluss aus wichtigen Gründen gemeint ist.

Was das Wesen des Art. 822 OR anbetrifft, so muss festgestellt werden, dass darin nicht einfach eine Uebertragung der für die Kollektivgesellschaft geltenden Ordnung des Ausscheidens zu erblicken ist, wie dies ab und zu behauptet wird¹⁶. Art. 822 OR birgt vielmehr personen- gesellschaftliche und personalkörperschaftliche Elemente in sich, wobei die letzteren, wie gleich gezeigt werden wird, sogar überwiegen.

Keine Rede von Kollektivgesellschaftsähnlichkeit kann im Falle des statutarischen Austritts sein. Der statutarische Austritt entspricht voll und ganz dem Austritt aus einer Personalkörperschaft und unterscheidet sich von einem solchen nur dadurch, dass er nicht von Gesetzes wegen, sondern nur, wenn er durch entsprechende Statutenbestimmungen erlaubt wird, geltend gemacht werden kann.

Aber auch beim gesetzlichen Austritt und beim Ausschluss ist die Verwandtschaft mit dem Ausscheiden aus einer Personengesellschaft verhältnismässig gering. Bei genauer Betrachtung stellt man fest, dass sie sich auf die Art und Weise der Durchsetzung beschränkt. Austritt und

¹⁵ Vgl. StenBull StR 1935, 123.

¹⁶ Vgl. z. B. Janggen-Becker Art. 822 N 1; Neuenschwander 86.

Ausschluss bedürfen zu ihrer Wirksamkeit eines rechtskräftigen richterlichen Urteils und können nicht wie Austritt und Ausschluss aus Körperschaften durch gewöhnliche empfangsbedürftige Willenserklärungen durchgesetzt werden. Damit aber ist auch hier die Verwandtschaft mit den Personengesellschaften erschöpft. Da die GmbH mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet ist, bedarf es in keinem Falle eines Fortsetzungsbeschlusses, wie er bei der Kollektivgesellschaft zur Vermeidung der Auflösung und zur Herbeiführung eines Ausscheidens absolut notwendig ist. Die Austrittsklage richtet sich nicht wie bei den Personengesellschaften gegen alle übrigen Gesellschafter, sondern nur gegen die Gesellschaft selber. Umgekehrt wird die Ausschliessung nicht wie bei der Kollektivgesellschaft durch gemeinsame Klage aller übrigen Gesellschafter durchgeführt. Das Klagerecht steht vielmehr kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift¹⁷ nur der Gesellschaft allein zu. Zudem ist auch nicht Zustimmung aller nicht auszuschliessenden Gesellschafter sondern nur die Zustimmung der einfachen Mehrheit aller Gesellschafter, die zugleich die Hälfte des eingetragenen Stammkapitals vertreten, erforderlich.

¹⁷ Art. 822 Abs. 3 OR.

II. Teil

Voraussetzungen und Durchführung

1. KAPITEL

Der statutarische Austritt

§ 1. Die gesetzlichen Voraussetzungen

Entsprechend der allgemeinen Tendenz des schweiz. OR, den Gesellschaftern der GmbH in der Ausgestaltung der internen Gesellschaftsverhältnisse möglichst weitgehende Freiheit zu lassen, ist auch der statutarische Austritt an äusserst minimale gesetzliche Voraussetzungen gebunden. Das Gesetz begnügt sich mit einer Vorschrift rein formeller Natur. Die Gewährung eines Austrittsrechts, das neben das von Gesetzes wegen unentziehbare Recht auf Austritt aus wichtigen Gründen tritt, sowie die Bedingungen, von denen ein solches Austrittsrecht abhängig gemacht werden soll, müssen im Statut Aufnahme finden.¹ Damit wird ausgeschlossen, dass ein Austrittsrecht auf andere Weise als durch Aufnahme in das Statut zustande kommen kann. Insbesondere verunmöglicht dies die Begründung eines Austrittsrechts durch einen gewöhnlichen Gesellschaftsbeschluss.² Ein Gesellschaftsbeschluss, der die Schaffung eines Austrittsrechts zum Inhalt hat, muss als widerrechtlich und somit im Sinne von Art. 20 OR als nichtig betrachtet werden. Aus den gleichen Gründen wäre aber auch ein Austrittsrecht abzulehnen, das einzelnen oder allen Gesellschaftern durch vertragliche Vereinbarung zwischen der Gesellschaft einerseits und den Gesellschaftern andererseits zuerkannt würde.³ In materieller Hinsicht dagegen enthält sich das Gesetz jeglicher Regelung. Die Gesellschaft geniesst in bezug auf die Bestim-

¹ Art. 822 Abs. 1 und Art. 777 Ziff. 9 OR. — Das statutarische Austrittsrecht wird damit in den Kreis des sog. fakultativ-notwendigen Statuteninhalts eingereiht. Vgl. Siegwart Art. 627 N 1.

² Vgl. Siegwart Art. 627 N 1, N 3.

³ Vgl. Siegwart Art. 626 N 8, N 9.

mung des Inhalts, des Umfangs und der Durchführung des statutarischen Austritts vollständige Freiheit. Deshalb steht es den Gesellschaftern auch frei, in den Statuten entweder ein allgemeines und vorbehaltloses, oder ein durch sog. Bedingungen eingeschränktes Austrittsrecht vorzusehen.

Somit erschöpft sich das Problem der gesetzlichen Voraussetzungen des statutarischen Austritts in der Frage, wie die ein Austrittsrecht begründenden statutarischen Bestimmungen geschaffen, nachträglich abgeschafft oder nachträglich abgeändert werden können.

Keine besonderen Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn ein Austritt schon im Urstatut vorgesehen ist. Die entsprechenden statutarischen Vorschriften kommen zustande wie alle anderen Bestimmungen des Gründungsstatuts.⁴ Die Willenseinigung der Gründer muss sich nicht nur auf die Gründungsakte, sondern auch auf das Statut in allen seinen Einzelheiten beziehen.⁵ Ein statutarischer Austritt bedarf deshalb im Gründungsstadium der Gesellschaft der Zustimmung aller Mitglieder.

Schon problematischer ist die Situation dann, wenn ein Austrittsrecht erst nachträglich, d. h. nach erfolgter Gründung und Eintragung im Handelsregister geschaffen werden soll. Muss sich der Gesellschafter, der der Gesellschaft vielleicht gerade wegen der strengen Gebundenheit seiner Mitgesellschafter beigetreten ist, eine Lockerung der einmal angenommenen Ordnung des Ausscheidens gefallen lassen, oder hat er umgekehrt ein Recht auf Beibehaltung der einmal gewählten gesetzlichen oder statutarisch erschwerten Ordnung des Ausscheidens? Diese Frage bedarf offenbar einer näheren Erörterung. Die Interessen der Gläubiger dagegen sind in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung. Sie sind für alle Fälle des Ausscheidens in Art. 822 Abs. 4 OR berücksichtigt worden.

Sicher steht fest, dass die in Art. 784 und Art. 785 OR zu findenden Vorschriften über die Statutenänderung einzuhalten sind. Denn nicht nur die nachträgliche Abänderung oder Beseitigung schon bestehender statutarischer Vorschriften ist als Aenderung des Statuts zu betrachten. Eine solche liegt vielmehr auch in der nachträglichen Einführung neuer Statutenbestimmungen,⁶ und darum handelt es sich ja bei der nachträglichen Einführung eines statutarischen Austrittsrechts. Fraglich ist dabei lediglich, ob dem statutenändernden Gesellschaftsbeschluss die in Art. 784

⁴ Vgl. Art. 779 Abs. 1 OR.

⁵ Vgl. Janggen-Becker Art. 779 N 7, Art. 784 N 2; Siegwart Art. 638 N 10; Feine 168; Hachenburg § 2 A 11; Brodmann § 53 A 1b.

⁶ Vgl. Hachenburg § 53 A 1; Brodmann § 53 A 1b.

Abs. 2 OR für den Normalfall geforderte Mehrheit, die von den Statuten sowohl erleichtert als auch erschwert werden kann⁷, zustimmen muss, oder ob umgekehrt gemäss Abs. 3 des erwähnten Artikels Einstimmigkeit zu fordern ist. Das letztere ist dann der Fall, wenn die Statutenänderung eine Vermehrung der Leistungen oder eine Erhöhung der Haftung der Gesellschafter im Gefolge hat.⁸ Dass die Neueinführung eines statutarischen Austrittsrechts weder direkt noch indirekt eine Vermehrung der Leistungen der Gesellschafter in sich schliesst, ist so offensichtlich, dass sich eine weitere Begründung erübrigt.⁹ Aber auch eine Erhöhung der Haftung wird dadurch nicht bewirkt, denn der Betrag des Stammkapitals, der zugleich den maximalen Haftungsbetrag der Gesellschafter bezeichnet¹⁰, wird durch einen durchgeführten Austritt nicht hinaufgesetzt. Es ist im Gegenteil höchstens eine Herabsetzung des Stammkapitals im Zusammenhang mit einem Austritt denkbar. Dies trifft dann zu, wenn die Gesellschaft zur Abfindung des ausgetretenen Gesellschafters nicht über ein genügendes ungebundenes Vermögen verfügt und der Gesellschaftsanteil des Ausgeschiedenen auch nicht verwertet werden kann.¹¹ Aus den erwähnten Gründen ist deshalb anzunehmen, dass die nachträgliche Einführung eines statutarischen Austritts nicht der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf. Es bleibt daher auch in diesem Falle bei der in Art. 784 Abs. 2 OR für den Normalfall der Statutenänderung geforderten Mehrheit. Diese beträgt, sofern die Statuten keine andere Regelung getroffen haben, drei Viertel sämtlicher

⁷ Vgl. Janggen-Becker Art. 784 N 2.

⁸ Vgl. über die grundsätzliche Bedeutung des 3. Abs. von Art. 784: Janggen-Becker Art. 784 N 14 ff. — Während über den Begriff der Leistungsvermehrung keine Diskussion herrscht, ist umso umstrittener, in welchen Fällen eine Erhöhung der Haftung vorliege. Insbesondere ist man sich über die Bedeutung der Kapitalerhöhung in bezug auf die Erhöhung der Haftung nicht einig. Anfänglich wurde die Meinung vertreten, dass eine Kapitalerhöhung keine Erhöhung der Haftung der einzelnen Gesellschafter in sich schliesse (Vgl. *Botschaft* 77; *StenBull StR* 1931, 638; *Wieland* II 349; *Müller* E. 38.) Die heute herrschende Meinung erblickt aber m. E. zu Recht in der Erhöhung des Stammkapitals einen Fall der Erhöhung der persönlichen Haftung der Gesellschafter. Denn, durch die Erhöhung des Stammkapitals wird die maximale Haftungssumme, für die der einzelne Gesellschafter einzustehen hat, hinaufgesetzt. (Vgl. *StenBull NR* 1934, 747; *Scherrer* 112; *Gysin Festschrift* 195; *Gegenbauer* 89; *Kaufmann* 92 ff.)

⁹ Die verbleibenden Gesellschafter müssen weder die Kapitalleistungspflicht noch eine sonstige mitgliedschaftliche Pflicht des Ausgeschiedenen übernehmen.

¹⁰ Vgl. *Kaufmann* 81; *Egger SJZ* 36.

¹¹ Vgl. über die der Gesellschaft zwecks Abfindung ausgetretener oder ausgeschlossener Gesellschafter zur Verfügung stehenden Methoden: unten S. 119 ff., 122 ff., 126 ff.

Gesellschafter, die zugleich drei Viertel des eingetragenen Stammkapitals vertreten.

Immerhin gelten auch für die nachträgliche Einführung eines statutarischen Austritts die allgemeinen Schranken jeder Statutenänderung: Sie darf nicht widerrechtlich sein, darf keine wohlerworbenen Rechte der Gesellschafter verletzen und nicht gegen das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter verstossen.¹²

Widerrechtlich kann die nachträgliche Einführung eines statutarischen Austrittsrechtes nicht sein, da sie ja vom Gesetze ausdrücklich erlaubt ist. Eine Verletzung wohlerworbener Rechte wird in der Regel auch nicht vorliegen, da der Gesellschafter keinen unentziehbaren Anspruch auf Unabänderlichkeit des Statuteninhalts hat.¹³ Anders wäre nur zu entscheiden, wenn die Statuten deutlich und ausdrücklich ein Verbot der Abänderung der einmal angenommenen Ordnung des Ausscheidens enthalten würden.¹⁴ Dadurch würde ein unentziehbares Recht der Gesellschafter geschaffen¹⁵, und die nachträgliche Einführung des Austritts bedürfte der Zustimmung aller in ihrem Recht auf Beibehaltung der bestehenden Ausscheidensordnung verletzten Gesellschafter. Die endgültig feststehende Verweigerung der Zustimmung des Gesellschafters zu einem, seine unentziehbaren Rechte verletzenden Gesellschaftsbeschluss, hat aber, nicht wie im deutschen Recht, die Nichtigkeit¹⁶, sondern nur die Anfechtbarkeit zur Folge.¹⁷ Dies ergibt sich deutlich aus Art. 808 Abs. 6 in Verb. mit Art. 706 OR. Der in seinem Recht auf Beibehaltung der einmal gewählten Ordnung des Ausscheidens verletzte Gesellschafter kann also gegen die nachträgliche Gewährung eines statutarischen Austrittsrechtes lediglich mit dem Mittel einer Anfechtungsklage vorgehen.¹⁸ Ähnliche Konsequenzen ergeben sich, wenn in der nachträglichen Einführung des Austritts ein Verstoss gegen das Prinzip der Gleichbehandlung der Gesellschafter liegen würde. Dies wäre z. B. der Fall, wenn das Austrittsrecht nur einzelnen Gesellschaftern eingeräumt oder dessen Inhalt und Umfang nicht für alle Gesellschafter in gleicher Weise geregelt würde. Selbstverständlich ist eine solche Ordnung des Austritts möglich. Sie erfordert

¹² Vgl. Feine 593 ff.; Siegwart Art. 647 N 5.

¹³ Vgl. Siegwart Art. 647 N 2.

¹⁴ Vgl. Siegwart Art. 647 N 2.

¹⁵ Vgl. Siegwart Art. 646 N 23, Art. 647 N 2.

¹⁶ Vgl. Feine 289, 548; Hachenburg § 14 A 22, § 45 A 18; Brodmann § 47 A 4.

¹⁷ Vgl. Weiss 515 f.

¹⁸ Vgl. Siegwart Art. 647 N 6; Weiss 516, 537; Janggen-Becker Art. 808 N 19 ff.

aber die Zustimmung der schlechter behandelten Gesellschafter. Nichtzustimmung begründet auch hier wieder das Recht zur Anfechtung des statutenändernden Gesellschaftsbeschlusses.

Ganz andere Gesichtspunkte sind massgebend, wenn ein schon bestehender statutarischer Austritt nachträglich abgeschafft werden soll. An sich hat kein Gesellschafter ein Recht auf Zuerkennung eines Austrittsrechtes neben seinem unentziehbaren Recht auf Austritt aus wichtigen Gründen. Haben ihm jedoch die Statuten einmal ein solches eingeräumt, so ist es als wohlerworben zu betrachten, genau gleich wie nach allgemeiner Auffassung das den Gesellschaftern statutarisch zuerkannte Recht auf Kündigung der Gesellschaft als wohlerworben betrachtet wird.¹⁹ Der gänzliche Entzug des Austrittsrechtes erfordert deshalb die Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter. Die Nichtbeachtung dieser Regel zieht als Sanktion wiederum die Anfechtbarkeit des das Austrittsrecht entziehenden Gesellschaftsbeschlusses nach sich.

Zur Frage der nachträglichen Abänderung des bereits bestehenden statutarischen Austrittsrechtes sei hier nur noch in aller Kürze Stellung genommen. Für nachträgliche Erleichterungen gilt im wesentlichen dasselbe wie für die nachträgliche Einführung des Austrittsrechtes. Die dortigen Ausführungen können also ohne weiteres auf diesen Fall übertragen werden. Für die nachträgliche Erschwerung des Austritts können sie jedoch nicht ohne weiteres herangezogen werden. Es ist nämlich, entsprechend der heute herrschenden Tendenz zur Zurückdämmung der wohlerworbenen Rechte, nicht anzunehmen, dass das einmal begründete Recht auf Austritt absolut unantastbar sei. Seine Unantastbarkeit ist vielmehr nur eine relative. Seiner Substanz nach muss es zwar als unentziehbar betrachtet werden. Inhaltliche Abänderungen, die das Merkmal der Erschwerung an sich tragen, muss sich jedoch der Gesellschafter im Regelfalle gefallen lassen, soweit sie nicht faktisch einem gänzlichen Entzug nahekommen.²⁰ Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Statuten die absolute Unentziehbarkeit ausdrücklich vorsehen würden. Nur in einem solchen Falle wären die über den gänzlichen Entzug des Austrittsrechtes gemachten Ausführungen uneingeschränkt heranzuziehen.

¹⁹ Vgl. J anggen-Becker Art. 820 N 10; Wieland II 332; Feine 287, 639; Hachenburg § 60 A 29; Brodmann § 60 A 3 d; Becker K. 81 ff.; Gamma 131; Neuenschwander 92. — Dasselbe gilt übrigens auch in bezug auf statutarische Erschwerungen der Abtretung des Gesellschaftsanteils. Vgl. J anggen-Becker Art. 791 N 14; Feine 385; Wieland II 324 f.

²⁰ Vgl. Siegwart Art. 646 N 6.

§ 2. Die statutarischen Voraussetzungen

Wie schon einmal betont wurde, steht es der Gesellschaft frei, entweder ein durch statutarische Bedingungen eingeengtes oder ein absolut unbeschränktes Austrittsrecht vorzusehen. So begrüßenswert diese freie Regelung in einer Hinsicht auch sein mag, so birgt sie doch auch erhebliche Gefahren in sich. Man denke nur z. B. an die Schwierigkeiten, die sich für eine GmbH ergeben können, wenn ihre Statuten einen jederzeitigen, fristlosen Austritt erlauben. Macht ein Gesellschafter von diesem Recht Gebrauch, so steht die Gesellschaft von einem Tag auf den andern vor der Pflicht, den Ausscheidenden abzufinden, ohne dass sie vorher Gelegenheit gehabt hätte, durch entsprechende Massnahmen Vorkehrungen zur Abwehr der ihr drohenden Nachteile zu treffen.¹ Insbesondere wird es ihr zumeist nicht möglich sein, in so kurzer Frist einen Nachfolger für den austretenden Gesellschafter zu finden, der ihr zusagt und gewillt ist, den Gesellschaftsanteil des Ausgeschiedenen zu seinem wirklichen Wert zu übernehmen. Wenn ihr kein, oder nur ein ungenügendes Vermögen über das Stammkapital hinaus zur Verfügung steht, bleibt ihr nichts anderes übrig, als ihr Kapital herabzusetzen, um auf diese Weise die zur Abfindung notwendigen Mittel flüssig machen zu können. Die Folgen einer Kapitalherabsetzung können aber katastrophale sein, ganz besonders dann, wenn ein Gesellschafter austritt, der mit einer namhaften Quote am Stammkapital beteiligt war. In vielen Fällen wird die GmbH einen solchen Kapitalentzug nicht überstehen und einer freiwilligen oder unfreiwilligen Auflösung nicht entgehen können. Ganz abgesehen von diesen Gefahren wirkt aber die Möglichkeit eines jederzeitigen freien Austritts auch kreditschädigend für die GmbH.² Denn es ist nicht anzunehmen, dass sich viele Gläubiger bereitfinden werden, einer GmbH Mittel vorzustrecken, bei der andauernd die Gefahr plötzlicher und massiver Kapitalentzüge besteht. Dieses Moment ist umso beachtenswerter, als die GmbH, trotzdem sie sich in den letzten Jahren in vermehrtem Masse eingebürgert hat, in der Schweiz, ganz besonders bei den Banken, noch nicht über allzuviel Kredit verfügt.

Im übrigen müssen aber gegen einen absolut freien Austritt aus der GmbH auch grundsätzliche Bedenken erhoben werden. Einmal hält es

¹ Ueber die Möglichkeiten zur Vermeidung der Abfindung aus eigenen Mitteln vgl. unten S. 119 ff., 122 ff., 126 ff.

² Vgl. über die kreditschädigende Wirkung des freien Austritts: Hager 18 ff.

schwer, ein solches Austrittsrecht mit der kapitalistischen Grundstruktur der GmbH in Einklang zu bringen. Das der kapitalistischen Organisation eigentümliche System der gegenständlich-beschränkten Haftung verlangt eigentlich eine absolute Gebundenheit des Stammkapitals für die ganze Dauer der Gesellschaft, weshalb ein Ausscheiden, das die Pflicht zur Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach sich zieht, doch nur den Ausnahmefall bilden sollte. Dann aber stellt ein unbeschränkter Austritt auch einen zu krassen Gegensatz zur sonstigen Regelung des Ausscheidens aus der GmbH dar. Der Schritt von der durch Art. 791 OR statuierten, überaus starken Gebundenheit der Gesellschafter zu einem unumschränkten Austrittsrecht ist ein zu grosser.³ Ein freier Austritt erscheint unter diesen Gesichtspunkten als unorganische Aufpfropfung auf das sonstige Wesen der GmbH.

Alle diese Gründe führen zur Feststellung, dass der Gesetzgeber in der Freiheit, die er den Statuten in bezug auf den statutarischen Austritt gewährt, zu weit gegangen ist. Diese Feststellung rechtfertigt sich umso mehr, als das Gesetz bei allen übrigen Vereinigungen für die Kündigung oder den Austritt die Einhaltung von Kündigungsfristen oder -terminen wenigstens in dispositiver Weise vorschreibt.⁴ Es wäre deshalb besser gewesen, wenn der Gesetzgeber auch den statutarischen Austritt aus der GmbH von der Erfüllung gewisser Minimalbedingungen abhängig gemacht hätte. Diese wären allerdings im Gegensatz zu den Minimalbedingungen bei anderen Vereinigungen nicht nur mit dispositivem, sondern mit zwingendem Charakter auszustatten gewesen. In Frage gekommen wäre z. B. eine Vorschrift, die den Austritt nur auf Ende des Geschäftsjahres und bei Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist für zulässig erklärt hätte.

Indessen hat das Gesetz leider keine Fürsorge für die Interessen der Gesellschaft getroffen. So ist denn jeder GmbH, die ihren Mitgliedern ein statutarisches Austrittsrecht gewähren will, dringend anzuraten, dies selber nachzuholen, indem sie sich durch entsprechende statutarische «Bedingungen» sichert. Welcher Art diese Bedingungen sein sollen, kann nicht in allgemeingültiger Weise gesagt werden. Vielmehr kann immer nur im Einzelfall unter Würdigung aller wirtschaftlicher und persönlicher

³ Vgl. Arnold 50.

⁴ Vgl. Art. 546 Abs. 1 OR für die einfache Gesellschaft, Art. 844 Abs. 1 OR für die Genossenschaft, Art. 70 ZGB für den Verein.

Bedürfnisse entschieden werden, von welchen Einschränkungen der statutarische Austritt am zweckmässigsten abhängig gemacht werden soll. Zu untersuchen bleibt aber immerhin, welches die allgemeinen Schranken sind, denen die GmbH in der Normierung solcher Austrittsbeschränkungen unterworfen ist. Die Lösung dieser Frage ergibt sich am besten anhand eines Vergleiches mit dem Kündigungsrecht der einfachen Gesellschaft und dem Austritt aus der Genossenschaft.⁵

Bei der einfachen Gesellschaft sieht das OR, sofern sie auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters abgeschlossen ist, ein Recht auf Kündigung vor⁶, weil eine so lange Bindung mit den tragenden Grundanschauungen unserer Rechtsordnung nicht vereinbar wäre. Deshalb hat auch dieses Kündigungsrecht in dem Sinne zwingenden Charakter, als es dem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag mindestens seiner Substanz nach nicht entzogen werden darf.⁷ Das Gesetz geht also von einem unentziehbaren Recht auf Lösbarkeit des Gesellschaftsverhältnisses aus, ohne aber gesellschaftsvertragliche Abänderungen, sowohl im Sinne von Erleichterungen als auch im Sinne von Erschwerungen völlig auszuschliessen. Währenddem aber Erleichterungen des Kündigungsrechtes nur den gewöhnlichen Schranken des Zivilrechts unterworfen sind, ist für Erschwerungen noch eine zusätzliche Schranke zu beachten: Sie dürfen das Recht auf Kündigung der Gesellschaft nicht in übermässiger oder ungebührlicher Weise beeinträchtigen.⁸

Ganz ähnlich verhält es sich in bezug auf den Austritt aus der Genossenschaft. Auch das heutige Genossenschaftsrecht geht, obwohl im Vergleich mit dem alten Genossenschaftsrecht der Schwerpunkt weitgehend auf die Sicherung der Interessen der Gemeinschaft verlagert worden ist, vom Prinzip des freien Austritts aus.⁹ Jeder Genossenschafter hat ein Recht auf Austritt, das zwar nach heutigem Recht weitgehend

⁵ Der Vergleich mit der Kündigung der einfachen Gesellschaft hinkt zwar insofern, als diese regelmässig nicht das Ausscheiden sondern die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Trotzdem weist die Kündigung der Gesellschaft weitgehend Berührungspunkte mit dem Austritt aus einer Körperschaft auf: Auch bei ihr tritt auf Grund einer einseitigen Willenserklärung eine Lösung sozialrechtlicher Bindungen ein.

⁶ Vgl. Art. 546 Abs. 1 und 2 OR.

⁷ Vgl. Siegwart Art. 545/47 N 20; Becker Art. 546 N 1; Weipert § 132 A 13, 14; Düringer-Hachenburg § 132 A 5; Staub-Pinner § 132 A 3; Moser 45.

⁸ Vgl. Becker Art. 546 N 1; Weipert § 132 A 14.

⁹ Vgl. Winkler 137 ff; Hager 14 ff.

beschränkt, jedoch nicht gänzlich entzogen werden darf.¹⁰ Daher ist auch eine übermäßige Beschränkung des Austrittsrechts verboten.¹¹

Für das statutarische Austrittsrecht bei der GmbH ist jedoch von anderen Gesichtspunkten auszugehen. Der GmbH-Gesellschafter hat von Gesetzes wegen nur die Möglichkeit, sein Ausscheiden durch Uebertragung seines Gesellschaftsanteils oder für den Fall, dass die mitgliedschaftliche Bindung im Laufe der Zeit unhaltbar geworden ist, durch Klage auf Auflösung oder auf Austritt aus wichtigen Gründen herbeizuführen. Entsprechend ihrer kapitalistischen Struktur kennt die GmbH von Gesetzes wegen weder ein freies noch ein beschränkbares Recht auf Austritt. Wenn nun die Gesellschaft ihren Mitgliedern zusätzlich, d. h. neben den gesetzlichen Behelfen zur Lösung der Mitgliedschaft, ein statutarisches Austrittsrecht zuerkennt, so stellt sie diese besser, als sie von Gesetzes wegen gestellt wären. Es ist deshalb auch kein Grund vorhanden, der Gesellschaft in der Normierung dieses Austritts weitere Schranken als die allgemeinen aufzuerlegen. Die Gesellschaft hat daher in der Festsetzung der Austrittsbedingungen nur die durch Art. 19 und 20 OR errichteten Schranken zu beachten. Sie findet also ein weites, sozusagen unbegrenztes Feld vor, auf dem sie das zusätzliche Austrittsrecht ausgestalten kann.

Zum Schluss sei noch eine Frage mehr terminologischer Natur kurz gestreift. Das OR spricht in Art. 822 Abs. 1 und Art. 777 Ziff. 9 von «Bedingungen» des Austrittsrechtes. Diese Terminologie ist insofern etwas unglücklich, als sie einerseits zu Verwechslungen mit den eigentlichen Bedingungen im Sinne der Art. 151 ff. OR Anlass bieten könnte und anderseits auch sachlich nicht ganz das Richtige trifft. Die Austrittsbedingungen im Sinne der angeführten Artikel sind selbstverständlich nicht identisch mit den Bedingungen der Art. 151 ff. OR. Sie können es jedoch in Spezialfällen sein. In sachlicher Hinsicht aber wäre es richtiger gewesen, von Voraussetzungen oder Beschränkungen des statutarischen Austritts zu sprechen, denn die Wirkung aller zusätzlicher statutarischer «Bedingungen» besteht darin, dass sie das freie Austrittsrecht entweder beschränken oder von weiteren als den gesetzlichen Voraussetzungen abhängig machen. Aus diesen Gründen ist denn auch in dieser Arbeit im allgemeinen nicht von «Bedingungen» sondern von statutarischen Voraussetzungen oder Beschränkungen des Austrittsrechts die Rede.

¹⁰ Vgl. Hager 25 ff.; Winkler 140.

¹¹ Vgl. Art. 842 Abs. 3 OR.

§ 3. Die statutarischen Voraussetzungen im einzelnen

Die beinahe unumschränkte Freiheit, die der Gesetzgeber den Beteiligten in der Ausgestaltung des statutarischen Austritts gelassen hat, zwingt die Gesellschafter, aus der Fülle der gebotenen Möglichkeiten, diejenigen Voraussetzungen und Beschränkungen auszuwählen, die den wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen ihrer GmbH am besten entsprechen. Dabei werden sie sich in erster Linie vom Typus ihrer Gesellschaft leiten lassen müssen. So wird eine GmbH individualistischer Prägung andere Anordnungen für den Austritt treffen als eine personalkörperschaftliche. Von ganz anderen Gesichtspunkten wiederum wird eine kapitalistische Gesellschaft ausgehen müssen.¹ Je nach den konkreten Verhältnissen wird die eine Gesellschaft sich mit einer einfachen Regelung begnügen können, die sich vielleicht nur auf einen oder einige wenige Punkte bezieht, während eine andere sich vielleicht genötigt sieht, den statutarischen Austritt mit einem ganzen System sichernder Kautelen zu umgeben.

Obwohl der Titel dieses Paragraphen von den statutarischen Voraussetzungen «im Einzelnen» spricht, kann in Anbetracht der ungeheuren Vielfalt von Möglichkeiten eine bis in alle Einzelheiten gehende Aufzählung aller vorstellbarer Austrittsbeschränkungen nicht in Frage kommen. Eine solche wäre überdies weder in theoretischer, noch viel weniger aber in praktischer Hinsicht wertvoll. Als richtige Methode einer Einzeldarstellung erweist es sich zu untersuchen, ob in die ungeordnete Fülle der vorhandenen Möglichkeiten nicht ein gewisses System gebracht werden kann, d. h. ob nicht einzelne mehr oder weniger fest umgrenzte Kategorien von Beschränkungen unterschieden werden können. Sollte dies möglich sein, so lassen sich Bedeutung und Wesen dieser einzelnen Kategorien von Austrittsvorschriften am besten an Hand einiger typischer Beispiele erläutern.

Eine Unterscheidung einzelner Gruppen von Austrittsbeschränkungen lässt sich nun tatsächlich vornehmen, indem man jene Beschränkungen in einer Kategorie zusammenfasst, die auf das gleiche Moment innerhalb des gesamten Austrittsprozesses abzielen. Die Zahl dieser Kategorien wird demzufolge umso grösser, je mehr man den Austrittsprozess

¹ In der Regel sollte eine kapitalistische GmbH allerdings davon absehen, ein statutarisches Austrittsrecht zu erlauben, da ein solches ihrem Wesen ebensowenig entspricht, wie demjenigen der AG.

in einzelne Momente zergliedert. Eine allzu starke Aufgliederung und Aufteilung ist jedoch im Interesse der Uebersichtlichkeit, der Klarheit und der Verständlichkeit nicht angebracht, weshalb eine Beschränkung auf die folgenden vier Kategorien als angebracht erscheint:²

1. Beschränkungen in bezug auf die Austrittserklärung
2. Zeitliche Beschränkungen
3. Finanzielle Beschränkungen
4. Andere Beschränkungen

Zu 1. Wie noch später zu zeigen sein wird, hängt die Gültigkeit der Austrittserklärung von Gesetzes wegen nicht von der Einhaltung einer Form ab. Sie ist vielmehr formlos gültig. Es ist selbstverständlich, dass eine mündliche oder gar eine stillschweigende Austrittserklärung sich mit den Erfordernissen eines geordneten Geschäftsbetriebes nicht deckt und sehr oft der für einen so wichtigen Rechtsakt, wie ihn ein Austritt darstellt, notwendigen Klarheit und Bestimmtheit entbehren wird. Gewisse Anordnungen in bezug auf die Form der Austrittserklärung sind daher angezeigt, besonders auch deshalb, weil der Zwang zur Einhaltung einer Form den Erklärenden zur genauen Ueberlegung der Konsequenzen seines Handelns zwingt und ihn so oft vor übereilten Schritten abhält. Ganz abgesehen davon, steht eine formlose Austrittserklärung auch in keinem Verhältnis zu den tiefgreifenden Wirkungen, die sie sowohl auf die Rechtslage des Austretenden als auch auf die Rechtslage der Gesellschaft ausübt. Als Minimum kommt in Frage, die Gültigkeit der Austrittserklärung von der Einhaltung der Schriftform abhängig zu machen.³ Für die Durchschnitts-GmbH am zweckmässigsten und genügend dürfte es sein, die Austrittserklärung nur in der Form eines eingeschriebenen Briefes anzuerkennen.⁴ Weitere Formerfordernisse müssen dagegen im Regelfalle als unnötige Komplikation bezeichnet werden. In Spezialfällen sind jedoch weitere Formvorschriften durchaus denkbar. So käme etwa noch die öffentliche Beurkundung der Austrittserklärung in Frage. Vorstellbar ist letzten Endes aber auch, dass eine gewöhnliche Austrittserklärung überhaupt nicht zugelassen wird, und der statutarische Austritt, ähnlich wie der Austritt aus wichtigen Gründen, nur klageweise durchgesetzt werden kann.

² Eine ähnliche Einteilung nimmt Winkler für die Austrittsbeschränkungen bei der Genossenschaft vor. — Vgl. Winkler 149 ff., 152ff., 159ff.

³ Vgl. Winkler 144; Weipert §132 A 6.

⁴ Vgl. Winkler 145; Staub-Pinner § 132 A 5; Weipert § 132 A 6.

Zu 2. Wie schon früher ausgeführt wurde, birgt ganz besonders der jederzeitige fristlose Austritt erhebliche Gefahren für die Gesellschaft in sich. Deshalb sind Einschränkungen zeitlicher Natur von ganz besonderer Bedeutung. Die GmbH verträgt eben Plötzlichkeiten, wie sie ein sofortiger und fristloser Austritt bedeutet, ebensowenig, ja noch weniger, als die Kollektivgesellschaft und gewisse Arten von Genossenschaften.

Jede GmbH, gleichgültig welchem Typus sie angehört und wie ihre Verhältnisse sonst beschaffen sein mögen, sollte mindestens die Einhaltung einer Kündigungsfrist⁵ vorschreiben, oder dann den Austritt nur auf bestimmte Termine⁶, wie z. B. auf Schluss des Geschäftsjahres, gestatten. Auch eine Kumulierung von Kündigungsterminen und Kündigungsfristen, etwa in der Weise, dass der Austritt nur auf Schluss des Geschäfts- oder Kalenderjahres unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist gestattet wird, kommt in Frage. Von guter Wirkung dürfte es auch sein, den Austritt für eine bestimmte Dauer gänzlich auszuschliessen und erst nach Ablauf dieser Frist zu gestatten.⁷ Eine solche «Sperrfrist» ist hauptsächlich für die Zeit nach der Gründung empfehlenswert, da erfahrungsgemäss die ersten Jahre für die meisten Unternehmungen oft schwierig zu überstehen sind, und die Gesellschaft in dieser Zeit einen wesentlichen Kapitalentzug nicht ertragen würde.⁸

Zu 3. Von nicht minder hoher Bedeutung, ja vielleicht noch von höherer Bedeutung, sind statutarische Bestimmungen, die das finanzielle Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem ausgetretenen Gesellschafter regeln. Denkbar sind dabei sowohl Bestimmungen, die sich mit der Berechnung, der Höhe und der Auszahlung der Abfindung befassen, wie auch solche, die finanzielle Anordnungen anderer Art zum Inhalt haben.

Sofern die Statuten keine entgegenstehenden Bestimmungen enthalten, hat der austretende Gesellschafter Anspruch auf Abfindung mit dem wirklichen Wert seines Gesellschaftsanteils.⁹ Diese umständliche und für die Gesellschaft in verschiedener Hinsicht nachteilige Regelung der Abfindung mag im Falle des Austritts aus wichtigen Gründen am Platze sein.

⁵ Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 5; Siegwart Art. 545/47 N 22; Becker Art. 546 N 4; Winkler 149 ff.; Hager 26f.; Weipert § 132 A 13; Düringer-Hachenburg § 132 A 5; Staub-Pinner § 132 A 3.

⁶ Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 5; Winkler 149 ff.; Hager 26; Weipert § 132 A 13; Düringer-Hachenburg § 132 A 5.

⁷ Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 5; Winkler 151; Düringer-Hachenburg § 132 A 5.

⁸ Vgl. Moser 47.

⁹ Ueber die Probleme der Abfindung vgl. unten S. 109 ff.

Beim statutarischen Austritt jedoch ist sie weder empfehlenswert noch angebracht, umso weniger, als es dem Gesellschafter wohl zumutbar ist, die Vorteile eines zusätzlichen Austrittsrechts mit gewissen finanziellen Einbussen zu erkaufen. Einschränkungen in bezug auf die Höhe der Abfindung drängen sich deshalb auf.

Bei GmbH individualistischer Natur dürfte es m. E. noch am ehesten angehen, dem austretenden Gesellschafter den Anspruch auf Abfindung zum wirklichen Wert zu belassen, obwohl auch hier richtig dosierte Kürzungen der Abfindung keinesfalls die praktische Wertlosigkeit des statutarischen Austritts zur Folge haben würden. Jedenfalls sollten aber die Statuten, um Unklarheiten und daraus folgenden Streitigkeiten vorzubeugen, mindestens genaue Vorschriften über die Berechnung des wirklichen Wertes enthalten.¹⁰ Ueberall dort, wo die persönliche Mitarbeit in der Unternehmung keine Rolle spielt oder auch dort, wo die Kapitalleistungspflicht nur von sekundärer Bedeutung ist, also sowohl bei kapitalistischen als auch bei personalkörperschaftlichen GmbH, muss jedoch eine Abfindung zum wirklichen Wert als in jeder Beziehung unangebracht und mit den tatsächlichen Grundlagen der Beteiligung an der Gesellschaft im Widerspruch stehend betrachtet werden. Die zweckmässigste Beschränkung des Abfindungsanspruches ergibt sich immer erst auf Grund einer Würdigung der Verhältnisse in der konkreten GmbH, weshalb auch auf eine Darstellung der Methoden der Abfindungsbeschränkung verzichtet wird. Es seien lediglich stichwortartig einige Beispiele erwähnt: Abfindung auf Grund der Buchwerte, Abfindung auf Grund der letzten Betriebsbilanz, Schätzung durch Dritte, gänzlicher oder teilweiser Ausschluss der Beteiligung an den offenen oder an den stillen Reserven, Nichtbeziehung des ideellen Geschäftswertes oder «good will», usw.¹¹ Eine Bestimmung, die die Abfindung bis höchstens zum Betrag der Stammeinlage oder deren einbezahlten Teil gestattet, ist vor allem bei GmbH kapitalistischer Natur empfehlenswert.¹² Auch gegen den völligen Ausschluss der Abfindung ist vom rechtlichen Standpunkt aus gesehen nichts einzuwenden.¹³ Doch da der gänzliche Entzug der Abfindung wohl meistens die praktische Wertlosigkeit des Austrittsrechtes zur Folge haben

¹⁰ Ueber die Möglichkeiten der Berechnung des wirklichen Werts vgl.: Siegwart Art. 580 N 2 ff.; Düringer-Hachenburg § 138 A 14.

¹¹ Vgl. Moser 43 ff.; Düringer-Hachenburg § 138 A 14; Weipert § 138 A 31, A 32; Staub-Pinner Anhang zu § 141 A 13.

¹² Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 5; Arnold 90.

¹³ Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 5; Arnold 91.

würde, wird von diesem, der Gesellschaft an sich zwar zustehenden Recht, wohl selten Gebrauch gemacht werden. Am ehesten wäre eine so weitgehende Massnahme noch bei Gesellschaften mit ausgesprochen genossenschaftlichem Charakter denkbar.¹⁴

Mit Vorschriften über die Auszahlung der Abfindungssumme endlich, können ähnliche Wirkungen wie durch zeitliche Beschränkungen herbeigeführt werden. So hat die Hinausschiebung der Fälligkeit des Abfindungsguthabens¹⁵ weitgehend ähnliche Wirkungen wie die Vorschrift einer Kündigungsfrist. In vielen Fällen wird sich die Hinausschiebung der Fälligkeit für die Gesellschaft als günstiger erweisen als eine beim Austritt einzuhaltende Kündigungsfrist. Im ersten Falle verliert der Gesellschafter die Mitgliedschaft und damit auch jedes Recht zur Mitwirkung in gesellschaftlichen Angelegenheiten mit dem Empfang der Austrittserklärung durch die Gesellschaft, während der Gesellschaft selber zur Auszahlung der Abfindung noch eine weitere Frist gewahrt bleibt. Im zweiten Falle dagegen wird zwar der Austritt bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht wirksam. Die Gesellschaft muss sich aber bis zu diesem Zeitpunkt die Mitsprache des ausscheidenden Gesellschafters in ihren Angelegenheiten noch gefallen lassen.

Neben Bestimmungen, die die Abfindung des austretenden Gesellschafters beschlagen, sind aber auch statutarische Vorschriften denkbar, die in anderer Weise in das finanzielle Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem ausscheidenden Gesellschafter eingreifen. So ist z. B. im Falle des statutarischen Austritts aus der GmbH im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft, wo dies bestritten ist¹⁶, die Verpflichtung zur Zahlung einer Konventionalstrafe oder Austrittsgeldern durchaus möglich.¹⁷ Immerhin unterliegen diese gemäss Art. 163 Abs. 3 OR der richterlichen Herabsetzung.¹⁸

Zu 4. In die vierte Gruppe der Austrittsbeschränkungen sind alle jene zusätzlichen statutarischen «Bedingungen» einbezogen worden, die sich nicht unter eine der drei zuerst genannten Kategorien einreihen liessen. Selbstverständlich bestehen für die Gesellschaft ungezählte Möglichkeiten

¹⁴ Bei der Genossenschaft wird der Anteilsverfall präsumiert: Art. 865 Abs. 1 OR. — Vgl. Winkler 152 ff.; Hager 33; Hensel 130 ff.

¹⁵ Vgl. Siegwart Art. 580 N 27; Hensel 144.

¹⁶ Ablehnend: BGE 48 II 439; Moser 46 f.; Rosenberg 29. Zustimmend: Spörri 147 f.

¹⁷ Vgl. über die Verhältnisse in der Genossenschaft: Winkler 155 ff.; Hager 32.

¹⁸ Vgl. Spörri 147; Hager 32, A 57.

solcher weiterer Einschränkungen des statutarischen Austritts. Da sie aber untereinander nicht in organischem Zusammenhang stehen und zu meist nur in speziell gelagerten Einzelfällen zur Anwendung kommen können, muss auf jegliche Kasuistik verzichtet werden. Besonders erwähnt sei lediglich noch ein Beispiel. Die Statuten können Gründe nennen, von deren Vorhandensein die Berechtigung zum Austritt abhängt. Sie können aber auch Gründe angeben, die eine Geltendmachung des Austrittsrechts ausschliessen. Im ersten Falle hat der austretende Gesellschafter das Vorliegen der statutarisch geforderten Gründe im Streit um die Zulässigkeit des Austritts zu beweisen. Im zweiten Falle dagegen obliegt es der Gesellschaft, das Vorhandensein der den Austritt ausschliessenden Gründe nachzuweisen.

Die Angabe von Gründen für den Austritt führt hinüber zum Problem des Austritts aus wichtigen Gründen, und es stellt sich die Frage, ob der Austritt aus wichtigen Gründen durch ein statutarisches Austrittsrecht ersetzt werden kann. Da dieses Problem systematisch jedoch eher zum Austritt aus wichtigen Gründen gehört, wird es auch dort zur Darstellung gelangen.¹⁹

§ 4. Die Durchführung des statutarischen Austritts

Die Durchführung des statutarischen Austritts unterscheidet sich, abgesehen von der den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bezweckenden Vorschrift des Art. 822 Abs. 4 OR, nur unwesentlich von der Durchführung eines Austritts aus der Genossenschaft und aus dem Verein. Eine eingehende Darstellung erübrigt sich deshalb.

Wie bei jedem Austritt wird auch hier das Ausscheiden durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung¹ des Ausscheidenden herbeigeführt. Diese Willenserklärung wird gemeinhin als Austrittserklärung bezeichnet und weist ihrem Wesen nach nicht eine Verwandtschaft mit dem Rücktritt bei zweiseitigen Verträgen auf, wie dies ab und zu behauptet wird, sondern gleicht eher der Kündigung von Vertragsverhältnissen.² Trotz der gegenteiligen Behauptung der Anhänger

¹⁹ Vgl. unten S. 81 ff.

¹ Vgl. Egger Art. 70 N 9; Gierke DPR, Bd. I, 493; Balsiger 44, 47; Rosenberg 27 f.; Düringer-Hachenburg § 132 A 2; Staub-Pinner § 132 A 3; Becker Art. 347 N 1, Art. 545 N 19.

² Vgl. BGE 49 II 492; Rosenberg 24 f.; Hager 12; Düringer-Hachenburg § 133 A 1; Thommen 38.

der Vertragstheorie³ kann sie aber nicht als gewöhnliche Kündigung bezeichnet werden.⁴ Von einer solchen unterscheidet sie sich sowohl ihrem Wesen als auch ihren Wirkungen nach. Sie ist eine dem Sozialrecht eigentümliche Willenserklärung, die auf die Aufhebung eines sozialrechtlichen Rechtsverhältnisses, eben der Mitgliedschaft, abzielt. Deshalb können auch die für die Kündigung von Verträgen geltenden Grundsätze nicht unbesehen auf die Austrittserklärung angewandt werden. Die Anwendung dieser Grundsätze ist vielmehr immer dann ausgeschlossen, wenn ihr besondere Bestimmungen oder Erfordernisse des Sozialrechts entgegenstehen.

Das Austrittsrecht ist genau gleich wie das Kündigungsrecht als Gestaltungsrecht⁵ zu bezeichnen und bedarf deshalb zu seiner Ausübung der Mitwirkung des Gestaltungsgegners, in diesem Falle der Gesellschaft, nicht⁶. Die Gesellschaft selber kann demzufolge auf die Durchsetzung des Austritts keinen Einfluss nehmen. Weil aber ein Austritt unter Umständen eine äusserst weitreichende Aenderung der Rechtslage der Gesellschaft herbeiführen kann, ohne dass diese an dieser Wirkung durch eigenes Zutun etwas ändern könnte, muss die Austrittserklärung, ähnlich wie die Kündigungserklärung, als bedingungsfeindlich betrachtet werden. Die Bedingungsfeindlichkeit der Austrittserklärung ist allerdings nicht eine absolute. Ausgeschlossen werden müssen vielmehr nur solche Bedingungen, die eine für die Gesellschaft unzumutbare Unsicherheit in bezug auf ihre Rechtslage zur Folge haben.⁷ Deshalb dürfen im allgemeinen nur Potestativbedingungen als zulässig erachtet werden, deren Eintreten oder Nichteintreten allein vom Willen der Gesellschaft abhängen.⁸

In bezug auf die Form der Austrittserklärung enthält sich das Gesetz jeglicher Vorschrift. Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR ist sie deshalb, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen, formlos gültig⁹. Insbesondere besteht auch die Möglichkeit einer stillschweigenden Austrittserklärung. Enthalten jedoch die Statuten Vorschriften über die Form der Austrittserklä-

³ Vgl. Egger Art. 70 N 9; Winkler 143.

⁴ Vgl. Balsiger 47, Fussnote 1.

⁵ Vgl. Oser-Schönenberger Vorbem. zu Art. 1—67 N 39.

⁶ Vgl. Oser-Schönenberger Vorbem. zu Art. 1—67 N 40.

⁷ Vgl. Oser-Schönenberger Art. 347 N 8.

⁸ Vgl. Oser-Schönenberger Vorbem. zu Art. 1—67 N 43, Art. 347 N 7; Becker Art. 347 N 2; Weipert § 132 A 5; Staub-Pinner § 132 A 9.

⁹ Vgl. Egger Art. 70 N 9; Winkler 144; Staub-Pinner § 132 A 5; Weipert § 132 A 6.

rung, so hängt im Zweifel die Gültigkeit von der Beobachtung der statutarischen Formerfordernisse ab.¹⁰

Der Inhalt der Austrittserklärung muss so klar und bestimmt sein, dass für die Gesellschaft kein Zweifel über ihre Rechtslage entstehen kann. Unerlässlich für eine gültige Austrittserklärung ist daher, dass aus ihr der Austrittswille sowie der Zeitpunkt, auf den sie wirken soll, unmissverständlich hervorgeht.¹¹

Im Gegensatz zum Beitritt bei der Gründung oder anlässlich einer Kapitalerhöhung¹² ist beim Austritt die Geltendmachung von Willensmängeln für die Interessen der Gläubiger ungefährlich und kann deshalb unbedenklich zugelassen werden.¹³ Durch die Beseitigung der Austrittserklärung wird die Stellung der Gläubiger nicht geschwächt, sondern gestärkt. Die Mitgliedschaft lebt wieder auf und das Gesellschaftsvermögen bleibt, sofern eine Abfindung nicht schon stattgefunden hat, unangestastet. Ist dagegen die Abfindung schon ausbezahlt worden, entsteht für die Gesellschaft mit der Rückgängigmachung des Austritts eine Forderung auf Wiedereinwerfung der geleisteten Abfindungssumme.

Eine Rücknahme der Austrittserklärung kommt nur im Rahmen des Art. 9 OR in Frage. Somit muss ein Widerruf der Gesellschaft spätestens mit dem Eintreffen der Austrittserklärung zugehen oder ihr zur Kenntnis gebracht werden, bevor sie Kenntnis von der Austrittserklärung genommen hat.¹⁴

Die Kündigungserklärung bei Personengesellschaften ist selbst dann, wenn sie kraft ausdrücklicher gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen nicht die Auflösung sondern das Ausscheiden des Kündigenden zur Folge hat, an alle übrigen Gesellschafter zu richten.¹⁵ Nicht so die Austrittserklärung bei der GmbH. Bei der GmbH, der das Gesetz die Rechtspersönlichkeit zuerkennt und damit ihre Körperschaftsähnlichkeit betont

¹⁰ Vgl. Art. 16 Abs. 1 OR. — Vgl. Winkler 144; Balsiger 48.

¹¹ Vgl. Oser-Schönenberger Art. 347 N 5; Becker Art. 347 N 2; Weipert § 132 A 4.

¹² Der Grundsatz, dass eine Berufung auf Willensmängel beim Beitritt nicht zulässig ist, ist für alle Handelsgesellschaften anerkannt. Für Nachweise über die umfangreiche Literatur und Praxis sei auf die Arbeiten von Gyr und Boesch verwiesen. — Vgl. auch Hensel 80 ff.

¹³ Vgl. Winkler 145 f; Frey 69; Weipert § 132 A 10.

¹⁴ Vgl. Becker Art. 347 N 5; Oser-Schönenberger Art. 347 N 10; Winkler 146; Frey 69; Balsiger 51; Weipert § 132 A 10; Düringer-Hachenburg § 132 A 4; Staub-Pinner § 132 A 10.

¹⁵ Vgl. Siegwart Art. 545/47 N 23; Becker Art. 545 N 19; Weipert § 132 A 10.

hat, ist die Gesellschaft einzige Adressatin der Austrittserklärung.¹⁶ Eine Mitteilung an die Mitgesellschafter ist dagegen überflüssig. Zuständig für die Entgegennahme der Austrittserklärung ist im Zweifel die Geschäftsführung.¹⁷

Genau gleich wie die Kündigung der einfachen Gesellschaft ist ein zur Unzeit erfolgender Austritt aus der GmbH als unstatthaft zu betrachten, obwohl eine diesbezügliche positive Norm, wie sie das Recht der einfachen Gesellschaft kennt¹⁸, im Recht der GmbH fehlt. Dieses Verbot der Geltendmachung des Austritts zur Unzeit ergibt sich direkt aus Art. 2 ZGB, der für das ganze Gebiet des Zivilrechtes Geltung beansprucht. Nicht in Frage kommen kann dagegen eine analoge Anwendung von Art. 546 Abs. 2 OR, der lediglich eine spezielle Anwendung der in Art. 2 ZGB niedergelegten Grundsätze darstellt und speziell auf die Verhältnisse der einfachen Gesellschaft und der übrigen Personengesellschaften zugeschnitten ist. Keine Geltung kann daher auch die in Art. 546 Abs. 2 OR enthaltene Vorschrift beanspruchen, dass die Kündigung nur auf Schluss eines Geschäftsjahres zulässig sei. Somit ist der statutarische Austritt jederzeit erlaubt, sofern die Statuten nicht eine gegenteilige Vorschrift enthalten und sofern in seiner Geltendmachung nicht ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt. Wann ein solcher Verstoß vorliegt, kann aber immer nur auf Grund einer sorgfältigen Abwägung aller Umstände und Interessen im konkreten Fall entschieden werden. Er ist aber jedenfalls dann zu bejahen, wenn der austretende Gesellschafter kein sachliches Interesse an der Ausübung seines Austrittsrechtes hat und damit vorwiegend eine Schädigung der Gesellschaft oder seiner Mitgesellschafter bezweckt¹⁹. Ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben liegt aber auch dann vor, wenn der Austretende zwar ein sachliches Interesse an der Geltendmachung des Austrittsrechtes hat, dieses jedoch viel geringer ist als das Interesse der Gesellschaft am Ausbleiben des Austritts.²⁰ Daraus ergibt sich unzweifelhaft, dass ein zur Unzeit erfolgender Austritt nicht erlaubt sein kann, daneben aber auch, dass jeder rechtsmissbräuchliche Austritt ausgeschlossen sein muss.

¹⁶ Vgl. Egger Art. 70 N 9; Winkler 143; Balsiger 47.

¹⁷ Da diese Funktion in Art. 810 OR nicht ausdrücklich in den Bereich der Befugnisse der Gesellschafterversammlung verwiesen worden ist, obliegt sie der Geschäftsführung.

¹⁸ Art. 546 Abs. 2 OR.

¹⁹ Vgl. Egger Art. 2 N 33; Siegwart Art. 545/47 N 18.

²⁰ Vgl. Egger Art. 2 N 34.

Die Austrittserklärung bewirkt bei der GmbH wie beim Verein und bei der Genossenschaft das Ausscheiden des den Austritt verlangenden Mitgliedes. Mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit geht die Mitgliedschaft vollständig unter, sowohl in bezug auf die persönlichen als auch mit Rücksicht auf die vermögensrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen GmbH und Mitglied.²¹ Zum Unterschied vom Verein und der Genossenschaft ohne persönliche Haftung treten diese Wirkungen nur im Innenverhältnis, nicht aber im Verhältnis zu Dritten ein. Dritten gegenüber wird der Austritt erst mit dem Eintrag im Handelsregister wirksam.²²

Der Zeitpunkt, in dem der Mitgliedschaftsverlust eintritt, ist nun je nach den statutarischen Anordnungen verschieden. Zwar entfaltet jede Austrittserklärung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ihre Wirkungen mit ihrem Zugehen bei der Gesellschaft. Sehen die Statuten keine zeitlichen Beschränkungen vor, so tritt mit dem Empfang der Austrittserklärung der Mitgliedschaftsverlust ein. Schreiben die Statuten aber die Einhaltung eines Termins vor, so ergeben sich diese Folgen erst an dem statutarisch vorgesehenen Termin und nur, sofern die Austrittserklärung rechtzeitig in den Besitz der Gesellschaft gelangte. Bei Vorschrift einer Kündigungsfrist hat der Empfang der Austrittserklärung lediglich die Wirkung, dass von diesem Tage weg die statutarisch vorgesehene Kündigungsfrist zu laufen beginnt. Das Ausscheiden, d. h. die Beendigung der Mitgliedschaft, tritt aber erst mit Ablauf der Kündigungsfrist ein.

Entsteht nachträglich Streit über die Gültigkeit des Austritts, so kann der Richter angerufen werden. Das im Prozess über den statutarischen Austritt ergehende Urteil ist ein Feststellungsurteil und hat lediglich deklaratorischen Charakter.²³ Das Ausscheiden wird demzufolge nicht erst im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils, sondern schon mit dem gesetzlich oder statutarisch vorgesehenen Zeitpunkt der Wirksamkeit der Austrittserklärung perfekt.

²¹ Vgl. unten S. 105 ff.

²² Vgl. unten S. 99 f.

²³ Vgl. BGE 74 II 173; Oser-Schönenberger Vorbem. zu Art. 1–67 N 41; Egger Art. 70 N 9.

2. KAPITEL

Der gesetzliche Austritt

§ 1. Der zum Austritt berechtigende wichtige Grund im allgemeinen

Als einzige Voraussetzung zur Geltendmachung des gesetzlichen Austrittsrechtes nennt das OR das Vorliegen wichtiger Gründe.¹ Der «wichtige Grund» bildet deshalb das Objekt der Betrachtungen dieses Paragraphen und zwar in doppelter Hinsicht. Einmal handelt es sich darum, Begriff und Wesen des sog. wichtigen Grundes darzustellen. Dann aber — und dies bildet den weitaus wichtigeren Teil dieser Betrachtungen — sind die gefundenen Prinzipien, die für die wichtigen Gründe Geltung haben, auf den Fall des gesetzlichen Austritts aus der GmbH anzuwenden.

Begriff, Wesen und Funktion des wichtigen Grundes als Voraussetzung zur fristlosen Auflösung von Rechtsverhältnissen sind schon in so vielen Arbeiten eingehend erörtert worden², dass sie als hinlänglich bekannt vorausgesetzt werden dürfen, umso mehr als sich sowohl die Wissenschaft als auch die Praxis weitgehend über diese Probleme einig sind. In der Schweiz³ hat die vom Bundesgericht hauptsächlich im Zusammenhang mit der Auflösung von Personengesellschaften entwickelte Begriffsbestimmung des «wichtigen Grundes» allgemeine Anerkennung gefunden, und auch die in der deutschen Literatur⁴ zu findenden Definitionen weichen, wenigstens in sachlicher Hinsicht, nicht weit davon ab.

Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichtes liegt ein wichtiger Grund zur Auflösung einer Gesellschaft dann vor,

«wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher und sachlicher Natur, unter denen der Gesellschaftsvertrag eingegangen wurde, nicht mehr vorhanden sind, so dass die Erreichung des Gesellschaftszwecks

¹ Vgl. Art. 822 Abs. 1 OR.

² Die Arbeit von Pozzy ist ausschliesslich diesem Gegenstande gewidmet. — Vgl. überdies unter vielen andern: Siegwart Art. 545/47 N 29; Rosenberg 30 ff.; Bertsch 75 ff.; Winkler 169 ff.; Fraefel 59 ff.; Thommen 49 ff.

³ Vgl. z. B. Siegwart Art. 545/47 N 29; Becker Art. 545 N 21; Pozzy 28; Fraefel 71 f.; Bertsch 80; Rosenberg 30 ff.; Hager 21; Arnold 44; Jenny 43; Winkler 169 f.

⁴ Vgl. z. B. Weipert § 133 A 5; Düringer-Hachenburg § 133 A 2; Wieland I 673; Müller-Erzbach 206; Feine 631; Brodmann § 61 A 3; Hachenburg § 61 A 4.

in der bei der Eingehung der Gesellschaft beabsichtigten Art nicht mehr möglich, wesentlich erschwert oder gefährdet wird».⁵

In einigen Entscheiden führt das Bundesgericht zur näheren Erläuterung und zur Verbesserung der praktischen Anwendbarkeit seiner Begriffsbestimmung aus, dass

«vom Standpunkt des die Auflösung der Gesellschaft verlangenden Gesellschafters aus gesehen die Wichtigkeit des Grundes immer dann zu bejahen ist, wenn ihm die Fortsetzung der Gesellschaft infolge der genannten Voraussetzungen nicht mehr zugemutet werden kann».⁶

Zwei Momente sind es, die aus der vom Bundesgericht gegebenen Begriffsbestimmung hervorstechen. Einmal ist immer zu untersuchen, ob die bei der Entstehung der Gesellschaft vorhanden gewesenen sachlichen und persönlichen Voraussetzungen nachträglich weggefallen sind. Der Wegfall dieser Voraussetzungen allein vermag jedoch die sofortige Auflösbarkeit der Gesellschaft nicht zu begründen. Die in den Verhältnissen der Gesellschaft eingetretene Aenderung muss vielmehr eine so wesentliche sein, dass dem Gesellschafter die Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Bindung nicht mehr zuzumuten ist. Praktisch läuft also die Feststellung der Wichtigkeit einer vorgebrachten Tatsache zumeist auf eine Abwägung der Interessen hinaus⁷, d. h. die Feststellung, ob ein geltend gemachter Umstand als wichtiger im Sinne des Gesetzes zu betrachten ist, hängt letzten Endes von der Beantwortung der Frage ab, ob unter den vorliegenden Umständen die Interessen des Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft dringend erfordern, oder ob umgekehrt die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter, sowie eventuelle Drittinteressen für die Aufrechterhaltung der Gesellschaft sprechen. Der Entscheid dieser Frage steht im freien Ermessen des Richters⁸ und kann immer nur auf Grund einer sorgfältigen Prüfung aller Umstände im Einzelfalle gefällt werden.⁹ In der Anwendung von Präjudizien ist hier, wie selten auf einem anderen Gebiete, Vorsicht am Platze. Denn die Verhältnisse in den einzelnen Gesellschaften sind so verschieden und die persönlichen Bezie-

⁵ Vgl. BGE 12, 198; 16, 777; 19, 317; 20, 597; 24 II 193; 29 II 102; 30 II 462; 61 II 192; 71 II 197; 67 II 164 ff. (Praxis Bd. 30, 250 ff).

⁶ Vgl. BGE 19, 317; 61 II 194.

⁷ Vgl. BGE 71 II 197; Bertsch 109 ff.; Janggen-Becker Art. 820 N 12.

⁸ Vgl. Siegwart Art. 545/47 N 29; Rosenberg 31; Egger Art. 4 N 6; Düringer-Hachenburg § 133 A 3; Bertsch 175 ff.; Fraefel 113.

⁹ Vgl. Düringer-Hachenburg § 132 A 2, A 3; Rosenberg 30.

hungen unter den Gesellschaftern so unterschiedlich von Gesellschaft zu Gesellschaft, dass es durchaus möglich ist, dass ein vorgebrachter Umstand in der einen Gesellschaft als wichtiger Grund zur Auflösung qualifiziert werden muss, während dieselbe Tatsache in einer anderen Gesellschaft vielleicht nur den Charakter einer unwesentlichen Störung haben kann.

Die Frage ist nun aber die, ob die vom Bundesgericht zur Auflösung von Personengesellschaften aus wichtigen Gründen entwickelte Praxis auch auf den gesetzlichen Austritt aus der GmbH übertragen werden kann. Und diese Frage ist zu bejahen. Das Bundesgericht ist schon im Falle des Austritts aus wichtigen Gründen aus der Genossenschaft¹⁰ und aus dem Verein¹¹ von den gleichen Prinzipien ausgegangen und hat dann in einem, allerdings nicht in der amtlichen Sammlung, sondern nur in den Blättern für zürcherische Rechtsprechung auszugsweise wiedergegebenen Entscheid auch für die GmbH sowohl für die Auflösung als auch für den Austritt aus wichtigen Gründen dieselben Grundsätze als anwendbar erklärt¹². Diese Uebertragung der für Personengesellschaften geltenden Grundsätze auf die GmbH erfolgte durchaus zu Recht, sind doch die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zu der Gesellschaft bei der GmbH von wesentlicher Bedeutung, selbst bei einer GmbH von kapitalistischem Typus. Damit fällt es aber auch nicht schwer, eine für den Fall des Austritts aus wichtigen Gründen aus der GmbH geltende Begriffsbestimmung des wichtigen Grundes aufzustellen. Diese kann in Anlehnung an den schon zitierten Entscheid des Bundesgerichtes¹³ über den Austritt aus wichtigen Gründen bei der Genossenschaft ungefähr wie folgt formuliert werden:

Ein zur Gutheissung des Austritts aus wichtigen Gründen bei der GmbH führender wichtiger Grund liegt immer dann vor, wenn wesentliche persönliche oder sachliche Voraussetzungen, unter denen die GmbH-Mitgliedschaft begründet wurde, nicht mehr vorhanden sind und infolgedessen dem Gesellschafter ein weiteres Verbleiben in der Gesellschaft nicht mehr zuzumuten ist.

Wann sind nun aber diese Voraussetzungen gegeben? Das Gesetz gibt dem Richter zur Lösung dieser Frage einen Fingerzeig, indem es in

¹⁰ Vgl. BGE 61 II 189 ff.

¹¹ Vgl. BGE 71 II 196 ff.

¹² Vgl. BIZR 44, 237.

¹³ Vgl. BGE 61 II 194.

Art. 822 Abs. 2 OR bestimmt, dass der Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Wahl hat, entweder auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Bewilligung des Austritts zu klagen. Aus dieser Gleichstellung von Auflösung und Austritt aus wichtigen Gründen lassen sich in zweifacher Hinsicht Schlüsse ziehen. Einmal steht damit fest, dass alle jene Gründe, die eine Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen würden, auch zur Begründung des Austritts ausreichend sein müssen. Weil aber die zur Motivierung der Auflösung ins Treffen geführten Umstände nicht nur «in den Verhältnissen der Gesellschaft» zu liegen brauchen, wie dies im deutschen Recht ausdrücklich verlangt wird¹⁴, müssen die zum Austritt berechtigenden Umstände ebenfalls nicht nur objektiv in den Verhältnissen der Gesellschaft liegen, sondern können auch subjektiv in der Person der Mitgesellschafter oder im Verhältnis der Gesellschafter untereinander oder sogar in der Person des austretenden Gesellschafters selber entstanden sein.¹⁵

Noch nicht gelöst ist dagegen die Frage, ob nur Umstände, die zugleich als genügende Voraussetzung für eine Auflösung der Gesellschaft gewertet werden müssen, für die Begründung des gesetzlichen Austritts ausreichen, oder ob umgekehrt auch Tatsachen, die zwar nicht die Vernichtung der Gesellschaft, wohl aber ein Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters rechtfertigen, als genügende Motivierung des gesetzlichen Austritts anerkannt werden müssen. Der Text des Art. 822 Abs. 2 OR würde die erste Ansicht nahelegen, macht er doch keinen Unterschied zwischen Auflösung und Austritt. Trotzdem scheint mir diese enge und zu sehr dem Wortlaut verhaftete Auslegung nicht richtig zu sein. Die Möglichkeit eines Austritts aus wichtigen Gründen würde sich auf diese Weise nur zu Gunsten der Gesellschaft auswirken, indem die Auflösung immer dann umgangen werden könnte, wenn sich ein Gesellschafter bei Vorliegen wichtiger Gründe entschliesst, statt auf Auflösung auf Austritt zu klagen. Abs. 2 von Art. 822 OR muss aber, soll er seinen Zweck nicht verfehlen, auch zu Gunsten der Gesellschafter ausgelegt werden, weshalb der Austritt auch dann zu gestatten ist, wenn die vorgebrachten Umstände zwar nicht die Auflösung der Gesellschaft, wohl aber das Ausscheiden des Petenten rechtfertigen. Somit kann festgestellt werden, dass der Richter nicht darauf Rücksicht zu nehmen braucht, ob die vom austretenden Ge-

¹⁴ Vgl. Feine 631; Hachenburg § 61 A 2; Arnold 31.

¹⁵ Vgl. Prot. Exp. 531, 534; Botschaft 78; Janggen-Becker Art. 820 N 12; Müller H. W. 22; Gamma 127.

gesellschafter geltend gemachten Umstände auch eine Auflösung der Gesellschaft hinreichend begründen würden. Der Richter hat vielmehr immer nur zu untersuchen, ob die vorgebrachten Tatsachen gerade die Massnahme des Austritts rechtfertigen.

Der Austritt aus wichtigen Gründen soll, wie jede Auflösung eines Rechtsverhältnisses aus wichtigen Gründen, nur «ultima ratio» sein.¹⁶ Daher kann er, auch wenn die Wichtigkeit der vorgebrachten Gründe an sich nicht verneint werden kann, vom Richter immer dann nicht gestattet werden, wenn nachgewiesen werden kann, dass dem Gesellschafter andere, für die Gesellschaft weniger einschneidende Rechtsmittel zur Verfügung gestanden hätten, um die behaupteten Mißstände zu beseitigen¹⁷ oder, wenn dem Gesellschafter zuzumuten gewesen wäre, seinen Gesellschaftsanteil an einen Mitgesellschafter, an einen Dritten oder an die Gesellschaft selber abzutreten.¹⁸ Im letzteren Falle müsste allerdings noch bewiesen werden, dass die für die Zustimmung zur Abtretung erforderliche Mehrheit mit der Abtretung einverstanden und dass dem, den Austritt begehrenden Gesellschafter ein angemessener Uebnahmepreis offeriert gewesen wäre.

In allen diesen Fällen fehlt es im Grunde genommen an der Wichtigkeit der vorgebrachten Gründe. Die ursprünglichen Voraussetzungen der Mitgliedschaft mögen zwar entfallen sein, doch kann von einer Unzumutbarkeit eines weiteren Verbleibens in der Gesellschaft nicht die Rede sein, wenn der Gesellschafter nicht dazu Hand bieten will, einer Lösung zuzustimmen, die für die Gesellschaft erheblich weniger nachteilige Folgen in sich schliesst.¹⁹ Fehlt es aber an einem wichtigen Grunde, so kann streng genommen auch nicht von einer Subsidiarität des Austritts

¹⁶ Vgl. Fraefel 102; Bertsch 49.

¹⁷ Vgl. BGE 67 II 166 (Pra 30, 252), 71 II 198; BIZR 39, 96; Fraefel 107; Bertsch 49 ff. —

In Frage käme z. B. die Erhebung einer Anfechtungsklage (Vgl. Bertsch 51 ff.) oder ein Antrag auf Ausschliessung des Gesellschafters, in dessen Person der wichtige Grund entstanden ist. Nicht in Frage kommt der Austritt auch dann, wenn die gerügten Zustände damit beseitigt werden könnten, dass einem oder einzelnen Gesellschaftern die Geschäftsführung entzogen würde (vgl. zum Entzug der Geschäftsführung: Art. 814 Abs. 2 und 3 OR; Janggen-Becker Art. 814 N 20 ff.; Siegwart zu Art. 565). Ebensowenig kann ein Austritt bewilligt werden, wenn der Gesellschafter dem, den wichtigen Grund setzenden Gesellschaftsbeschluss zugestimmt oder nicht widersprochen hat (vgl. Bertsch 73). Weiter kann dem Gesellschafter aber auch zugemutet werden, die von ihm behaupteten Mißstände vor Erhebung der Austrittsklage im Schosse der Gesellschaft zur Sprache zu bringen (vgl. Bertsch 72 ff.).

¹⁸ Vgl. Bertsch 62 ff.

¹⁹ Vgl. Weipert § 133 A 17.

die Rede sein, wie dies ab und zu behauptet wird. Da sich aber der eben besprochene Tatbestand mit diesem Terminus in einfacher und unmissverständlicher Weise umschreiben lässt, ist dagegen, mindestens vom praktischen Standpunkt aus gesehen, nichts einzuwenden.

Die Bewilligung des Austritts kann aber nicht in allen Fällen, in denen eine für die Gesellschaft günstigere Lösung möglich gewesen wäre, abgelehnt werden. Es ergibt sich vielmehr aus dem Wesen des «wichtigen Grundes», dass eine «Subsidiarität» der Austrittsklage immer dann nicht in Frage kommen kann, wenn die Ergreifung eines anderen Rechtsmittels oder die Veräusserung des Gesellschaftsanteils dem Gesellschafter nicht zumutbar gewesen wäre.²⁰

§ 2. Die wichtigen Gründe im besonderen

Weil bei der GmbH die Unbestimmtheit des Innenverhältnisses und die Unsicherheit über die Bedeutung des einzelnen Gesellschafters für die Gesamtheit viel ausgeprägter zu Tage tritt als bei anderen Vereinigungen, muss hier bei der Qualifizierung der wichtigen Gründe noch viel mehr als anderswo vor der Ueberschätzung von Präjudizien gewarnt werden. Der Richter hat bei der GmbH in viel höherem Masse als bei anderen Verbänden auf die Verhältnisse im konkreten Fall abzustellen. Deshalb, und weil eine Judikatur sowohl in bezug auf die Auflösung als auch bezüglich des Austritts aus wichtigen Gründen sozusagen gänzlich fehlt¹, muss auf eine Kasuistik möglicher wichtiger Gründe verzichtet werden. Statt dessen kann vergleichshalber auf die Praxis und die Literatur zu Auflösung und Austritt aus wichtigen Gründen bei anderen Vereinigungen verwiesen werden.

Wie schon betont wurde, kommen sämtliche Kategorien wichtiger Gründe, also sowohl solche, die objektiv in den Verhältnissen der Gesellschaft liegen, wie auch solche, die subjektiv in der Person der Mitgesellschafter oder des austretenden Gesellschafters selber entstanden sind, als genügende Voraussetzung des gesetzlichen Austritts in Frage.² Praktisch haben jedoch diese einzelnen Kategorien wichtiger Gründe bei den verschiedenen GmbH-Typen eine ganz unterschiedliche Bedeutung.

²⁰ Vgl. BGE 67 II 166 (Pra 30, 252), 71 II 198; Bertsch 50 f.

¹ Eine Ausnahme bildet BIZR 44, 231 ff.

² Es besteht zwar die Möglichkeit, die wichtigen Gründe auch noch unter anderen Gesichtspunkten zu klassifizieren (vgl. z. B. Düringer-Hachenburg § 133 A 5 ff.; Fraefel § 6, S. 78 ff.; Rosenberg 34 ff.), doch kommt dieses Einteilungsschema für die vorliegende Arbeit nicht in Frage.

Bei personengesellschaftlichen GmbH, die ihrem Wesen nach nichts anderes als eine Kollektivgesellschaft mit beschränkter Haftung darstellen, können die von Literatur und Praxis entwickelten Grundsätze über die Auflösung und das Ausscheiden aus wichtigen Gründen bei der Kollektivgesellschaft ohne Bedenken Anwendung finden.³ Es kommen daher alle drei Kategorien wichtiger Gründe ohne Unterschied als Voraussetzung des Austritts in Frage. Wie bei der Kollektivgesellschaft werden dabei jene Tatsachen von grösster Bedeutung sein, in denen eine Untergrabung des Vertrauensverhältnisses der Gesellschafter untereinander zu erblicken ist.⁴ Aber auch sonstige Umstände, die in der Persönlichkeit der Mitgesellschafter entstanden sind⁵, werden als genügende Begründung des Austritts anerkannt werden müssen, obwohl sie im allgemeinen wohl eher zu einem Ausschluss der betreffenden Gesellschafter als zu einem Austritt führen werden. Gründe, die in den Verhältnissen der Gesellschaft liegen⁶, dürften praktisch zumeist zu einer Auflösung, nicht aber zu einem Austritt Anlass geben, weil sie in der Mehrzahl der Fälle die Grundlagen der Gesellschaft in einer Weise erschüttern, dass deren Weiterexistenz nicht mehr als möglich erscheint. Doch kann man sich auch in solchen Fällen vorstellen, dass einzelne Gesellschafter willens sind, die Gesellschaft trotz der erheblichen Schwierigkeiten weiterzuführen, womit mindestens theoretisch die Möglichkeit eines Austritts gegeben ist. Von

³ Vgl. zu den bei der Kollektivgesellschaft geltenden Prinzipien: Siegwart Art. 545/47 N 25 ff.; Düringer-Hachenburg zu § 133; Staub-Pinner zu § 133. Weipert zu § 133.

⁴ Vgl. Janggen-Becker Art. 820 N 13; Siegwart Art. 545/47 N 31; Weipert § 133 A 14; Düringer-Hachenburg § 133 A 5; Staub-Pinner § 133 A 20.

⁵ Von ganz besonderer Bedeutung sind in dieser Beziehung Verletzungen der gesellschaftlichen Pflichten durch einen oder mehrere Mitgesellschafter. In Frage kommen z. B.: Nicht- oder Nichtrichtigerfüllung von Nebenleistungspflichten usw. — Vgl. Janggen-Becker Art. 820 N 13; Siegwart Art. 545/47 N 31; Staub-Pinner § 133 A 5; Fraefel 80 ff.; Rosenberg 36 ff. — Der wichtige Grund kann aber auch im sonstigen Verhalten oder in gewissen Charaktereigenschaften des Mitgesellschaftern liegen. Beispiele: Unredlichkeit eines Gesellschafters, strafrechtliche Verurteilung eines Gesellschafters, notorische Unfähigkeit zum Umgang mit der Geschäftskundschaft oder den Angestellten, usw. — Vgl. Janggen-Becker Art. 820 N 13; Siegwart Art. 545/47 N 31; Staub-Pinner § 133 A 16, A 20; Weipert § 133 A 8, A 13; Düringer-Hachenburg § 133 A 7.

⁶ z. B. Unmöglichkeit oder starke Erschwerung der Erreichung des Gesellschaftszwecks (vgl. Janggen-Becker Art. 820 N 13; Staub-Pinner § 133 A 18; Weipert § 133 A 12; Bertsch 129 ff.), dauernde Unrentabilität (vgl. Janggen-Becker Art. 820 N 13; Staub-Pinner § 133 A 18; Weipert § 133 A 12; Bertsch 132), Aenderung des Gesellschaftszwecks (vgl. Bertsch 134 ff.).

grosser Bedeutung sind dagegen wieder Gründe, die in der Person des Antragstellers selber liegen.⁷ Umstände dieser Art können allerdings nicht unbeschränkt geltend gemacht werden. Sie sind nur dann als gültige Voraussetzung für den Austritt zu betrachten, wenn sie nicht durch das Verschulden des Austretenden selber entstanden sind.⁸ Die Berufung auf selbstverschuldete wichtige Gründe dagegen widerspricht den Prinzipien von Treu und Glauben, und die Gesellschaft kann ihnen die sog. «exceptio doli» entgegenhalten.

Wesentliche Einschränkungen ergeben sich schon bei Gesellschaften personalkörperschaftlicher Natur. Zwar müssen auch hier alle in den Verhältnissen der Gesellschaft liegenden Umstände, wie auch die unverschuldet in der Person des Austretenden entstandenen Gründe als hinreichende Voraussetzung eines Austritts betrachtet werden. Bezüglich der in der Person der Mitgesellschafter liegenden Tatsachen ist jedoch vermehrte Zurückhaltung am Platze. Mit der steigenden Zahl der Gesellschafter verliert deren Verhalten an Bedeutung für das Gesellschaftsganze wie auch für die Mitgesellschafter. Diese Kategorie von wichtigen Gründen vermag deshalb bei körperschaftlich aufgebauten Gesellschaften die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Mitgliedschaftsverhältnisses im Regelfalle nicht zu begründen, wie überhaupt mit steigender Mitgliederzahl vermehrte Anforderungen an die wichtigen Gründe zu stellen sind. Eine Ausnahme gilt vielleicht für Kartelle. Die Erfüllung der Kartellpflichten ist von so überragender Bedeutung — von ihrer Einhaltung hängt die Erreichung des Kartellzweckes überhaupt ab —, dass deren andauernde und grobe Verletzung wohl immer als ausreichende Begründung eines Austritts betrachtet werden muss.

In den engsten Grenzen endlich halten sich die Austrittsmöglichkeiten bei kapitalistischen GmbH. Bei diesem Typus ergibt sich eine grössere Zurückhaltung in bezug auf die Gestattung des Austritts einerseits schon aus der höheren Mitgliederzahl, anderseits aber vor allem aus der nur untergeordneten Bedeutung der Persönlichkeit der Mitglieder für die Gesellschaft. Umstände, die in der Person der Mitgesellschafter zur Ent-

⁷ z. B. dauernde Unmöglichkeit zur Erfüllung der Gesellschafterpflichten infolge körperlicher oder geistiger Krankheit, hohes Alter, usw. — Vgl. Janggen-Becker Art. 820 N 13; Siegwart Art. 545/47 N 31; Staub-Pinner § 133 A 17; Weipert § 133 A 9; Fraefel 83 ff.

⁸ Vgl. Janggen-Becker Art. 820 N 13; Siegwart Art. 545/47 N 27; Thommen 70 ff.; Rosenberg 36; Pozzy 91; Fraefel 105 ff.; Moser 68; Bertsch 159; Staub-Pinner § 133 A 2; Weipert § 133 A 10; BGE 12, 199; 16, 363; 20 II 202; BIHE 5, 113; 6, 374; 7, 39; BIZR 5, 369.

stehung gelangt sind, können hier, abgesehen von Ausnahmefällen, überhaupt nicht als genügende Begründung des Austritts anerkannt werden. Der Austritt wird aber bei solchen Gesellschaften im allgemeinen auch nicht auf Tatsachen gestützt werden können, die in der Person des Antragstellers selber entstanden sind. In kapitalistischen GmbH wird die Mitgliedschaft, ähnlich wie die Aktionäreigenschaft, vorwiegend zwecks Fruchtbarmachung der geleisteten Kapitaleinlagen und nicht zur Betätigung in der Gesellschaft erworben. Die Bewilligung des Austritts aus persönlichen Gründen wäre daher im allgemeinen nicht gerechtfertigt. Bei kapitalistischen GmbH wird somit ein Austritt normalerweise nur gestattet werden, wenn Umstände vorliegen, die auch die Auflösung einer AG aus wichtigen Gründen rechtfertigen würden.⁹

Zum Schluss dieses Abschnittes soll noch ein besonderer Fall ausdrücklich Erwähnung finden. Bei der GmbH ist, wie bei allen andern Handelsgesellschaften, die Anfechtung des Beitritts aus Willensmängeln im Interesse der Gläubiger unstatthaft.¹⁰ Dem Aktionär bleibt in einem solchen Falle, sofern es ihm nicht gelingt, seinen Aktienbesitz zu veräußern, nichts anderes übrig, als weiterhin Mitglied seiner AG zu bleiben. Dem GmbH-Gesellschafter ist demgegenüber in der Gestalt des gesetzlichen Austritts ein Rechtsmittel in die Hand gegeben, das ihm erlaubt, sich wenigstens für die Zukunft aller mitgliedschaftlicher Pflichten zu entledigen. Denn der Irrtum, vor allem aber eine Täuschung oder eine Drohung durch einen Mitgesellschafter, muss wohl immer als ein den Austritt rechtfertigender wichtiger Grund betrachtet werden.¹¹ Seiner persönlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kann sich der Gesellschafter, dessen Beitritt irrtümlich oder infolge Drohung oder Täuschung erfolgte, allerdings auch im Falle seines Austritts nicht entschlagen.¹² Immerhin haftet er den Gläubigern nur für jene Gesellschaftsschulden, die während der Zeit seiner Mitgliedschaft entstanden sind.¹³

⁹ z. B. fortgesetzter Mehrheitsmissbrauch, Unmöglichkeit der Zweckerreichung, Aenderung des Gesellschaftszwecks, in besonders gelagerten Fällen Misswirtschaft in der Geschäftsführung. — Vgl. Bertsch 116 ff.

¹⁰ Ueber die reichhaltige Literatur und Judikatur zu diesen Problemen vgl.: Die Arbeiten von Gyr und Boesch, sowie Hensel 80 ff.

¹¹ So auch Kaufmann 84.

¹² Vgl. Kaufmann 84 f.

¹³ Vgl. unten S. 118.

§ 3. Die Durchführung des gesetzlichen Austritts

An sich wäre es durchaus möglich gewesen, den gesetzlichen Austritt genau gleich wie den Austritt aus wichtigen Gründen bei der Genossenschaft¹ und den statutarischen Austritt aus der GmbH durch eine gewöhnliche Austrittserklärung durchsetzen zu lassen. Der Gesetzgeber hat aber anders entschieden. Da ihm in der GmbH zur Hauptsache eine Gesellschaft vorschwebte, die sich für kleinere, auf persönlicher Zusammenarbeit und auf dem Vertrauen der Gesellschafter untereinander beruhende Vereinigungen eignet, wollte er die Durchsetzung des gesetzlichen Austritts nicht der privaten Willkür der einzelnen Gesellschafter überlassen. Er betrachtete vielmehr einen Austritt aus wichtigen Gründen als so einschneidendes und bedeutungsvolles Ereignis im Leben der Gesellschaft, dass er den Entscheid über das Vorliegen wichtiger Gründe dem Richter überwies. Der gesetzliche Austritt kann deshalb nur auf dem Wege einer Klage erzwungen werden.

Die Wirkung der gerichtlichen Durchführung ist in dem Sinne eine nachteilige, als sie im Grunde genommen nicht den Erfordernissen eines Austritts aus wichtigen Gründen entspricht. Der Austritt aus wichtigen Gründen, der ja deshalb als berechtigt erklärt werden muss, weil dem Austretenden die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft objektiv nicht mehr zuzumuten ist, setzt eigentlich eine jederzeitige und fristlose Durchsetzbarkeit voraus. Dies ist nun unter der geltenden Ordnung nicht möglich, da vom Zeitpunkt der Klageerhebung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses notwendigerweise eine beträchtliche Zeitspanne verstreichen muss, die oft Monate, ja in besonders gelagerten Fällen sogar Jahre beanspruchen wird. Zudem wird die Kostspieligkeit eines Gerichtsverfahrens manchen Gesellschafter, der an sich die Berechtigung zum Austritt hätte, notgedrungen von einer Geltendmachung seines Austrittsrechtes abhalten.

Doch weist die vom Gesetz getroffene Ordnung nicht nur Nachteile sondern auch Vorteile auf. Die Länge des Verfahrens und dessen Kostspieligkeit wird manchen Austrittslustigen vor einem übereilten oder gar unzureichend begründeten Austritt abhalten. Ferner wird sie aber auch oft die Wirkung haben, dass sich die Gesellschaft und der seinen Austritt verfechtende Gesellschafter, angesichts der Drohung eines langwierigen und grosse Kosten verursachenden Prozesses, auf eine andere, weniger

¹ Vgl. Art. 843 Abs. 2 OR.

Umtriebe mit sich bringende Art des Ausscheidens einigen werden. So wird sich vielleicht eine Lösung finden lassen, indem der Gesellschaftsanteil des Austretenden durch einen oder mehrere Mitgesellschafter zu dem Wert übernommen wird, der der Abfindungssumme im Falle des durchgeführten Austritts entsprechen würde. Unter Umständen wird sich aber auch der Gesellschafter bereit erklären, mit seinem Ausscheiden zuzuwarten, bis ein der Gesellschaft genehmer Dritter gefunden ist, der gewillt ist, den Gesellschaftsanteil des Austrittsberechtigten zu Bedingungen zu übernehmen, die diesen nicht schlechter stellen, als wenn er durch Austritt ausgeschieden wäre.

Wägt man die erwähnten Vor- und Nachteile gegeneinander ab, so ist der vom Gesetz getroffenen Ordnung durchaus zuzustimmen, obwohl es logisch richtiger wäre, einen Austritt mittels einer gewöhnlichen Austrittserklärung wirksam werden zu lassen. Bei der GmbH ist jedoch eine Hemmung der Austrittsmöglichkeit sowohl mit Rücksicht auf ihren hauptsächlich personengesellschaftlichen Charakter als auch vor allem im Hinblick auf ihren kapitalistischen Aufbau, der im Grunde genommen ein Ausscheiden durch Austritt überhaupt nicht erlauben würde, wünschbar.

Die Einzelheiten der Durchführung unterscheiden sich nur wenig von der Auflösung der Personengesellschaften, der AG und der GmbH aus wichtigen Gründen. Aus diesem Grunde wird auf diese Probleme nur in aller Kürze eingetreten.

Aktiv legitimiert ist — dies ergibt sich aus der Natur der Sache — jeder Gesellschafter.² Da der Gesellschafter von Gesetzes wegen das Recht hat, wahlweise auf Austritt oder auf Auflösung zu klagen, kann er die beiden Begehren auch wahlweise im Prozess stellen. Es ist dann Sache des Richters zu entscheiden, ob die vorgebrachten Umstände die Vernichtung der Gesellschaft erfordern oder ob ein gedeihliches Zusammenarbeiten der übrigen Gesellschafter im Bereiche der Möglichkeit liegt und demzufolge nur auf die weniger weitgehende Massnahme des Austritts zu erkennen ist. Stellt der Gesellschafter dagegen nur den Antrag auf Austritt oder begnügt er sich mit einem Begehren auf Auflösung, so kann der Richter nur im Sinne des Klageantrags entscheiden; d. h. wenn auf Austritt geklagt wird, kann nur der Austritt und nicht die Auflösung ausgesprochen werden, und wenn der Klageantrag nur das Be-

² Vgl. Fraefel 104; Bertsch 152; Düringer-Hachenburg § 133 A 10; Staub-Pinner § 133 A 6.

gehen auf Auflösung enthält, kann er nur die Auflösung, nicht aber einen Austritt verfügen.

Die Passivlegitimation im Austrittsprozess besitzt nur die Gesellschaft. Weil der GmbH Rechtspersönlichkeit zukommt, sind dagegen die einzelnen Gesellschafter zum Unterschied von den Kollektivgesellschaftern³ nicht passiv legitimiert. Aus diesem Grunde können mit dem Austritt im Zusammenhang stehende Schadenersatzansprüche des Austretenden gegenüber Mitgesellschaftern nicht mit der Klage auf Austritt verbunden werden, wohl aber solche gegenüber der Gesellschaft.

Zur Abwehr der Austrittsklage stehen der Gesellschaft zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Einmal kann sie das Klagefundament, d. h. das Vorliegen wichtiger Gründe bestreiten und die Abweisung der Klage beantragen. Dann aber steht es ihr ausserdem offen, der Austrittsklage eines Gesellschafters mit einer Widerklage auf dessen Ausschluss entgegenzutreten. Zur Erhebung eines Begehrens auf «Austritt» des klagenden Gesellschafters ist die Gesellschaft nicht berechtigt. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wesen des Austritts, der ein Rechtsmittel zur Erzwingung des Ausscheidens durch die einzelnen Mitglieder darstellt. Andererseits verbietet dies aber auch der klare Wortlaut des Art. 822 Abs. 2 OR.

Das Recht auf Austritt ist, obwohl dies in der Literatur teilweise bestritten wird⁴, als sog. Gestaltungsrecht zu betrachten, das sich allerdings von gewöhnlichen Gestaltungsrechten dadurch unterscheidet, dass es zu seiner Durchsetzung der Mitwirkung des Richters bedarf.⁵ Dementsprechend muss auch das den Austritt gutheissende Urteil als Gestaltungsurteil⁶ bezeichnet werden, denn erst das Urteil führt die Aenderung der Rechtslage, eben das Ausscheiden, herbei. Der im Austrittsverfahren ergehende gerichtliche Entscheid hat also im Gegensatz zum Urteil im Streit um den statutarischen Austritt nicht nur deklaratorische, sondern konstitutive Wirkung ex nunc⁷.

Da das im Austrittsprozess gefällte Urteil Konstitutiveffekt besitzt,

³ Vgl. Fraefel 111; Thommen 68.

⁴ In der älteren Literatur ist oft die Behauptung zu finden, dass im Recht auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde nur ein Anspruch gegen den Staat liege. — Vgl. z. B. Fraefel 102 ff.

⁵ Vgl. v. Tuhr-Siegwart I 23; Becker Art. 545 N 20; Thommen 65, Fussnote 43; Bertsch 147 ff.; Ritter 287 ff.

⁶ Vgl. Siegwart Art. 545/47 N 33; Arnold 47; Bertsch 174.

⁷ Vgl. BGE 20, 596, 30 II 465, 49 II 492, 61 II 193, 69 II 121 f., 74 II 173; Siegwart Art. 545/47 N 34; Thommen 75 ff.; Rosenberg 29; Fraefel 104, 112; Bertsch 178; Düringer-Hachenburg § 133 A 13; Feine 632; Hachenburg § 61 A 7; Brodmann § 61 A 1 c.

bleibt die Mitgliedschaft bis zum Tage der Rechtskraft des Urteils in vollem Umfange aufrecht erhalten. Von diesem Datum an aber fällt sie vollständig und gesamthaft weg.⁸ Als massgebender Zeitpunkt für die Wirksamkeit des gesetzlichen Austritts im Innenverhältnis⁹ ist deshalb der Tag der Rechtskraft des den Austritt bewilligenden Urteils zu bezeichnen.¹⁰ Erst an diesem Tage wird das Ausscheiden Tatsache und geht die bis anhin voll weiterbestehende Mitgliedschaft unter.

Für die Zeit zwischen der Klageerhebung und der rechtskräftigen Erledigung des Streites um den Austritt ergeben sich sowohl für die Gesellschaft als auch für den seinen Austritt betreibenden Gesellschafter gewisse Schwierigkeiten. Für die Gesellschaft entsteht eine Gefahr dadurch, dass sie sich gefallen lassen muss, dass der Austretende, der, obwohl er gewissermassen mit einem Bein ausserhalb der Gesellschaft steht, seine Mitgliedschaft mit allen daraus fliessenden Rechten beibehält, weiterhin durch die Ausübung seiner persönlichen Rechte auf ihre Angelegenheiten Einfluss nehmen kann. Umgekehrt läuft der ausscheidende Gesellschafter Gefahr, dass die Gesellschaft die für das Austrittsverfahren notwendige Zeit dazu benützt, seine Interessen, insbesondere die vermögensrechtlichen, zu beeinträchtigen. Die in Art. 574 Abs. 3 OR im Falle der klageweisen Auflösung ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit der Beantragung vorsorglicher Massnahmen durch beide Parteien muss daher sowohl im Interesse der Gesellschaft als auch im Interesse des Austretenden im Verfahren über die Bewilligung des gesetzlichen Austritts aus der GmbH entsprechende Anwendung finden.¹¹ Ihre Schranken finden die vorsorglichen Massnahmen darin, dass durch sie weder die Bewilligung noch die Verweigerung des Austritts vorweg genommen werden darf.¹² Der Schutz der Gesellschaft vor gesellschaftswidrigen Handlungen des Ausscheidenden wird zudem noch durch die Möglich-

⁸ Vgl. Arnold 47; Bertsch 176 f.

⁹ Ueber den Beginn der Wirkungen im Verhältnis zu Dritten vgl. unten S. 99 f.

¹⁰ In besonders gearteten Fällen kann der Richter den Zeitpunkt der Wirksamkeit auch hinausschieben, sofern nicht schutzwürdige Interessen des Ausgetretenen gegen ein solches Vorgehen sprechen (vgl. Bertsch 178). Abzulehnen ist dagegen aus Gründen der Rechtssicherheit eine Zurückbeziehung der Wirksamkeit, wie z. B. auf den Zeitpunkt der Klageerhebung oder auf den Zeitpunkt der Entstehung des wichtigen Grundes (a. A. Siegwart Art. 545/47 N 34; Arnold 47).

¹¹ Vgl. Bertsch 171; Hachenburg § 61 A 3; Brodmann § 61 A 1c; Feine 632.

¹² Vgl. Bertsch 172.

keit des Entzugs der Geschäftsführung¹³ und das von Gesetzes wegen für die geschäftsführenden Gesellschafter angeordnete Konkurrenzverbot verstärkt.¹⁴

§ 4. Möglichkeiten statutarischer Einflussnahme auf das gesetzliche Austrittsrecht

Dass das Recht auf den gesetzlichen Austritt genau gleich wie das Recht auf Auflösung aus wichtigen Gründen¹ als unentziehbar betrachtet werden muss, wird allgemein anerkannt.² Allein, dadurch ist die Frage der statutarischen Einflussnahme auf das gesetzliche Austrittsrecht noch nicht gelöst. Es steht damit lediglich fest, dass jedenfalls solche Statutenbestimmungen ausgeschlossen sein müssen, die das von Gesetzes wegen als unentziehbar zu betrachtende Recht des Gesellschafters auf Austritt aus wichtigen Gründen ungebührlich beeinträchtigen. Noch nicht abgeklärt ist dagegen mit dieser Feststellung, ob auch alle übrigen statutarischen Aenderungen des Austritts aus wichtigen Gründen als unerlaubt betrachtet werden müssen oder nicht.

Dieses Problem ist von Wissenschaft und Praxis zwar nicht im Zusammenhang mit dem Austritt aus wichtigen Gründen aus der GmbH, wohl aber bei der Auflösung von Gesellschaften, insbesondere für die Auflösung von Personengesellschaften aus wichtigen Gründen des öftern erörtert worden. Während eine ältere Auffassung eher dazu neigte, den gesetzlichen Vorschriften absolut zwingenden Charakter beizumessen und daher gesellschaftsvertragliche Abänderungen nur in sehr engen Grenzen gestattete³, hat die modernere Anschauung diese Grundsätze weitgehend gelockert⁴. Sie geht davon aus, dass der Zweck der Bestimmungen über das Recht zur Auflösung von Gesellschaften aus wichtigem Grunde lediglich darin bestehe, den Gesellschaftern zu ermöglichen, die Aufhebung

¹³ Art. 814 Abs. 2 und 3 OR. — Vgl. Janggen-Becker Art. 814 N 20 ff.; Wieler 46 ff.

¹⁴ Art. 818 OR. — Ueber Inhalt und Umfang des Konkurrenzverbotes sowie über dessen Abänderbarkeit durch die Statuten vgl.: Janggen-Becker zu Art. 818; Siegwart zu Art. 561; vor allem aber die Spezialarbeit von Darms.

¹ Vgl. Janggen-Becker Art. 820 N 12; Gamma 127; Hachenburg § 61 A 3; Brodmann § 61 A 1 f.; Feine 630.

² Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 3; Arnold 42; Gamma 125.

³ Vgl. z. B. Staub-Pinner § 133 A 21 ff.

⁴ Vgl. BGE 74 II 172 ff.; Düringer-Hachenburg § 133 A 19; Weipert § 133 A 28; Wieland I 675 f.; Feine 630; Hachenburg § 61 A 11, A 12; Brodmann § 61 A 1 f.

objektiv unhaltbar gewordener mitgliedschaftlicher Bindungen unter allen Umständen und auch gegen den Willen der Mitgesellschafter und der Gesamtheit erzwingen zu können. Demzufolge könnten die gesetzlichen Vorschriften auch nur insofern zwingenden Charakter haben, als durch gesellschaftsvertragliche Abänderungen nicht wesentliche Erschwerungen des Rechts auf Auflösung vorgesehen werden dürften. Im übrigen aber stehe weder das Interesse der Gesellschafter noch ein öffentliches Interesse einer gesellschaftsvertraglichen Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen über das Recht zur Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grunde entgegen.⁵

Diese Grundsätze können nun ohne weiteres auch für den gesetzlichen Austritt aus der GmbH verwendet werden. Aus der Anwendung dieser Prinzipien ergibt sich einmal mehr, was schon eingangs dieses Paragraphen festgestellt wurde: Als unerlaubt müssen alle jene Statutenbestimmungen betrachtet werden, die entweder direkt oder indirekt eine ungebührliche Beschränkung des unentziehbaren Rechtes auf Austritt aus wichtigen Gründen zur Folge haben. Im übrigen aber ist gegen statutarische Abänderungen des gesetzlichen Austritts nichts einzuwenden. Denn ihr Verbot lässt sich weder mit Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft noch durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse begründen. Die Interessen der Gläubiger haben, wie dies schon mehrfach betont wurde, ihren Schutz im letzten Absatz des Art. 822 OR gefunden. Und auch der Einwand, dass der kapitalistische Charakter der GmbH eine Zurückdämmung aller jener Ausscheidensmöglichkeiten, die eine Pflicht zur Abfindung der ausgeschiedenen Gesellschafter nach sich ziehen, erfordere, ist hier nicht beachtlich. Der Gesellschaft steht es ja dadurch, dass sie gemäss Art. 822 Abs. 1 OR die Möglichkeit zu einem unbeschränkten statutarischen Austritt eingeräumt erhält, ohnehin frei, den Austritt nach eigenem Gutdünken auszuweiten. Somit müssen auch Erleichterungen des gesetzlichen Austrittsrechts ohne Einschränkung als erlaubt betrachtet werden.

Trotz der Klarheit und Einfachheit dieser allgemeinen Grundsätze wird im konkreten Falle die Entscheidung über die Zulässigkeit statutarischer Abänderungen des gesetzlichen Austritts nicht immer leicht fallen. Jedenfalls aber hat das Verbot wesentlicher Beschränkungen Geltung sowohl in bezug auf die Voraussetzungen als auch im Hinblick auf die

⁵ Vgl. z. B. BGE 74 II 174 f.; Düringer-Hachenburg § 133 A 21.

Durchführung, wie letzten Endes auch für die Folgen des Austritts aus wichtigen Gründen.

Bezüglich der Voraussetzungen sind die Möglichkeiten statutarischer Abänderungen gering. Erlaubt sein muss, dass die Statuten zum voraus gewisse Tatsachen als zum Austritt berechtigende wichtige Gründe bezeichnen.⁶ Darin liegt nicht eine Erschwerung sondern eine Erleichterung des Austritts.⁷ Mehr Vorsicht ist dagegen schon am Platze gegenüber Statutenbestimmungen, die bestimmten Umständen zum voraus die Qualifikation als wichtige Gründe absprechen. In solchen Bestimmungen liegt eine Beschränkung des Austrittsrechts, und sie können daher nur erlaubt sein, sofern sie sich auf genau bestimmte und fest umrissene Tatbestände beschränken. Als ausgeschlossen müssen aber alle generellen Beschränkungen⁸ betrachtet werden, wie es auch unzulässig sein muss, den Austritt von anderen als den gesetzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen.⁹

Unter den Möglichkeiten zur Abänderung der Durchführung sticht vor allem diejenige der Ersetzung der Austrittsklage durch eine gewöhnliche Austrittserklärung hervor. Durch eine solche Statutenbestimmung wird der gesetzliche Austritt gewissermassen durch einen statutarischen ersetzt. Doch ist auch dagegen nichts einzuwenden, sofern in dieser Abänderung nicht gleichzeitig eine wesentliche Erschwerung des Austrittsrechtes liegt.¹⁰ Das Gesetz hat die klageweise Durchführung des Austritts aus wichtigen Gründen nur mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Tatbestandes und im Hinblick auf die oft vorhandenen Schwierigkeiten in der Feststellung der Wichtigkeit der vorgebrachten Gründe vorgeschrieben.¹¹ Den Parteien steht es aber durchaus frei, auf die Vorteile der gesetzlichen Regelung zu verzichten¹², umsomehr als ja auch durch die Ersetzung der Klage durch eine gewöhnliche Willenserklärung kein öffentliches Interesse verletzt wird. Nicht statthaft sind selbstverständlich auch in einem solchen Falle wesentliche materielle Veränderungen der Voraussetzungen und der Folgen. Insbesondere muss aber dem Austretenden im

⁶ Vgl. Düringer-Hachenburg § 133 A 18; Weipert § 133 A 27; Staub-Pinner § 133 A 22; Hachenburg § 61 A 11.

⁷ Vgl. Weipert § 133 A 27.

⁸ Vgl. Düringer-Hachenburg § 133 A 19; Weipert § 133 A 28.

⁹ Vgl. Weipert § 133 A 26; Bertsch 151.

¹⁰ Vgl. BGE 74 II 175; Düringer-Hachenburg § 133 A 21; Weipert § 133 A 26; Hachenburg § 61 A 3, A 12; Brodmann § 61 A 1 f.

¹¹ Vgl. Weipert § 133 A 26.

¹² Vgl. BGE 74 II 173 f.; Weipert § 133 A 26.

Streitfälle der Rechtsweg immer offen stehen.¹³ Die Gesellschaft selber kann nicht endgültig über die Zulässigkeit des Austritts entscheiden. Wird in einem Falle, wo der Austritt durch eine gewöhnliche Austrittserklärung möglich ist, eine gerichtliche Entscheidung notwendig, so hat das Urteil nur deklarativen Charakter.¹⁴ Die Wirksamkeit des Austritts tritt am Tage des Empfangs der Austrittserklärung oder zu dem in den Statuten vorgesehenen Zeitpunkt ein.

Auf die Möglichkeiten zur Abänderung der Folgen des gesetzlichen Austritts wird an dieser Stelle nicht eingetreten. Sie werden bei der Darstellung des Abfindungsanspruches der durch Austritt oder Ausschluss ausgeschiedenen Gesellschafter zur Sprache kommen.¹⁵

¹³ Vgl. BGE 74 II 173; Weipert § 133 A 26; Düringer-Hachenburg § 133 A 21.

¹⁴ Vgl. BGE 74 II 173; Weipert § 133 A 26; Düringer-Hachenburg § 133 A 21.

¹⁵ Vgl. unten S. 111 ff.

3. KAPITEL

Der Ausschluss

§ 1. Voraussetzungen und Wesen des Ausschlusses

Der persönliche Charakter der Mitgliedschaft bei einer GmbH legt nicht nur den Schutz des Gesellschafters sondern auch denjenigen der Gesellschaft vor dem Zwang zur Aufrechterhaltung untragbar gewordener Mitgliedschaftsverhältnisse nahe. Nicht nur der einzelne Gesellschafter muss die Möglichkeit haben, sein Ausscheiden gegen den Willen der Gesellschaft erzwingen zu können. Auch der Gesellschaft selber muss es offen stehen, Mitgliedschaftsverhältnisse, die ihr nicht mehr zuzumuten sind, zwangsweise und gegen den Willen der betreffenden Mitglieder aufzulösen. Diesem Postulat ist denn auch der Gesetzgeber nachgekommen, indem er in Art. 822 Abs. 3 OR der Gesellschaft die Ausschliessung von Gesellschaftern gestattet.¹ Weil aber der Ausschluss eine sehr harte Massnahme gegenüber dem Ausgeschlossenen bedeutet und unter Umständen den gänzlichen Entzug der wirtschaftlichen Lebensgrundlagen zur Folge haben kann, darf er nur dann zur Anwendung kommen, wenn er durch das Vorliegen wichtiger Gründe gerechtfertigt werden kann.²

Voraussetzung des Ausschlusses ist also wie beim gesetzlichen Austritt das Vorhandensein wichtiger Gründe. Es kann deshalb bezüglich der Voraussetzungen im wesentlichen auf die im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Austritt gemachten Ausführungen verwiesen werden.³ Ein zum Ausschluss berechtigender wichtiger Grund liegt, ähnlich wie beim Austritt aus wichtigen Gründen, dann vor,

wenn die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen, die bei der Begründung der Mitgliedschaft gegeben waren, nicht mehr vorhanden sind und infolgedessen der Gesellschaft eine Aufrechterhaltung des mitgliedschaftlichen Verhältnisses nicht mehr zuzumuten ist.⁴

¹ Ausschluss bedeutet nichts anderes als zwangsweisen Entzug der Mitgliedschaft durch die Gesellschaft. — Vgl. Siegwart Art. 545/47 N 43, Art. 577 N 7; Egger Art. 72 N 3; Düringer-Hachenburg § 140 A 3; Wieland I 713; Arnold 53; Rosenberg 44; Gamma 40.

² Vgl. Art. 822 Abs. 3 OR.

³ Vgl. oben S. 68 ff.

⁴ Vgl. Egger Art. 72 N 6; Gerwig 162.

Auch hier läuft die Entscheidung der Frage der Zumutbarkeit der Aufrechterhaltung des mitgliedschaftlichen Verhältnisses auf eine Interessenabwägung hinaus. Ein die Ausschliessung rechtfertigender wichtiger Grund wird daher immer dann als gegeben zu betrachten sein, wenn das Interesse der Gesellschaft an der Auflösung der Mitgliedschaft das Interesse des Auszuschliessenden an deren Aufrechterhaltung übersteigt.

Immerhin sind gegenüber den Ausführungen über den zum Austritt berechtigenden wichtigen Grund wesentliche Vorbehalte anzubringen. Da sich die Massnahme des Ausschlusses gegen die Person des Auszuschliessenden richtet, kann deren Begründung mit Umständen, die in den Verhältnissen der Gesellschaft oder in den Verhältnissen der Mitgesellschafter liegen, nicht in Frage kommen. Ein Ausschluss erscheint vielmehr immer nur dann als zulässig, wenn die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe in der Person des Auszuschliessenden zur Entstehung gelangt sind. Das Gesetz sagt dies zwar, wie bei der Ausschliessung aus dem Verein⁵ und der Genossenschaft⁶ nicht ausdrücklich; doch ist eine ausdrückliche Erwähnung dieses Grundsatzes deshalb nicht notwendig, weil der Ausschluss aus der GmbH nicht wie die Ausschliessung aus der Kollektivgesellschaft einen Ersatz für die Auflösung aus wichtigen Gründen darstellt, sondern als selbständiges Rechtsmittel der Gesellschaft in Erscheinung tritt, wie dies angesichts des körperschaftlichen Charakters der GmbH gar nicht anders sein kann.⁷ Der Richter hat daher auch nicht wie beim Ausschluss aus Personengesellschaften⁸ zuerst zu untersuchen, ob die vorgebrachten Umstände auch eine Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen würden. Er hat vielmehr immer nur zu prüfen, ob

⁵ Vgl. Art. 72 Abs. 3 ZGB.

⁶ Vgl. Art. 846 Abs. 2 OR.

⁷ Weil bei Personengesellschaften sowohl das Recht auf Auflösung als auch das Recht auf Ausschliessung aus wichtigem Grunde den Gesellschaftern und nicht der Gesellschaft zusteht, kann die Ausschliessung an die Stelle der Auflösung treten. So kennzeichnet denn auch der klare Wortlaut des Art. 577 OR den Ausschluss aus der Kollektivgesellschaft als Ersatz für die Auflösung aus wichtigen Gründen (vgl. Weipert § 140 A 3, A 8; Düringer-Hachenburg § 140 A 2, A 3). Anders bei der GmbH. Hier kann die Ausschliessung gar nicht Ersatz des Rechts auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen sein. Denn das Auflösungsrecht steht den einzelnen Gesellschaftern zu, das Ausschlussrecht aber der Gesellschaft unter Ausschluss ihrer einzelnen Mitglieder. Diese Tatsache verkannte der Art. 811 Abs. 2 E III, der in wortgetreuer Anlehnung an Art. 577 OR den Ausschluss an die Stelle der Auflösung setzte. Dieser Irrtum wurde, wie der heutige Abs. 3 von Art. 822 OR zeigt, im späteren Verlauf der Gesetzesberatungen ausgemerzt.

⁸ Vgl. Weipert § 140 A 8; Düringer-Hachenburg § 140 A 3; Rosenberg 44.

die von der Gesellschaft geltend gemachten Tatsachen gerade die Massnahme des Ausschlusses gerade gegenüber dem ins Recht gefassten Gesellschafter rechtfertigen.

Auf eine eingehende Kasuistik wichtiger Gründe wird auch hier verzichtet. Es soll lediglich erwähnt sein, dass nicht nur auf dem Verschulden des Auszuschliessenden beruhende Umstände, sondern auch unverschuldet in der Person des Gesellschafters eingetretene Tatsachen als hinreichende Begründung einer Ausschliessung betrachtet werden müssen.⁹ Dass bei unverschuldeten Gründen ein besonders strenger Maßstab anzulegen ist, bedarf keiner weiteren Erörterung und entspricht einem Gebot von Recht und Billigkeit. Als verschuldete wichtige Gründe kommen hauptsächlich Verletzungen wesentlicher Gesellschafterpflichten, wie z. B. Verletzung der Geschäftsführungspflicht, Verstoss gegen das Konkurrenzverbot, Nicht- oder Nichtrichtigerfüllung von Nebenleistungspflichten, Verletzung der Treuepflicht, usw.¹⁰, wie auch ganz allgemein jedes gesellschaftswidrige Verhalten des Gesellschafters in Frage.¹¹ Unverschuldete wichtige Gründe werden zumeist dadurch entstehen, dass der Gesellschafter infolge andauernder körperlicher oder geistiger Krankheit nicht mehr, oder nicht mehr richtig imstande ist, seine Gesellschafterpflichten zu erfüllen.¹² Bei Kartellen wird neben den hauptsächlichsten Ausschliessungsgründen der Verletzung von Nebenleistungs- oder Konkurrenzenthaltungspflichten auch etwa die Aufgabe des Geschäftes als genügende Begründung des Ausschlusses anerkannt werden müssen.

Der Ausschluss muss zwar grundsätzlich bei allen Typen der GmbH möglich sein, doch ergeben sich in bezug auf dessen praktische Anwend-

⁹ Vgl. Siegwart Art. 577 N 2; Weipert § 140 A 5; Wieland I 716; Staub-Pinner § 140 A 3; Düringer-Hachenburg § 140 A 2; Heinsheimer 62.

¹⁰ Für weitere Beispiele schwerwiegender Pflichtverletzungen vgl. z. B.: Weipert § 140 A 3; Düringer-Hachenburg § 140 A 2; Staub-Pinner § 140 A 5; Herzog 93; Jenny 47 ff.

¹¹ z. B. Verfolgung gesellschaftsfremder Dritt- oder Eigeninteressen, feindseliges Verhalten gegenüber der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern, Vereitelung der Bestrebungen der Gesellschaft, Gefährdung des Gesellschaftszwecks, usw. — Vgl. Egger Art. 72 N 6; Weipert § 140 A 6. Vgl. auch die Arbeit von Jenny, die ganz dem Thema des gesellschaftswidrigen Handelns von Gesellschaftern gewidmet ist.

¹² Vgl. Weipert § 140 A 5.

Im übrigen können unverschuldete Ausschlussgründe auch in Eigenschaften oder Charaktermerkmalen des Gesellschafters liegen, die der Erreichung des Gesellschaftszwecks entgegenstehen oder diese wesentlich erschweren oder gefährden, wie z. B. unverträglicher Charakter, Unfähigkeit zum Verkehr mit der Kundschaft, usw. — Vgl. Weipert § 140 A 5; oben S. 74, Fussnote 5.

barkeit einige Unterschiede.¹³ Weil der Entzug der Mitgliedschaft nur aus solchen Gründen in Frage kommen kann, die in der Person des Auszuschliessenden zur Entstehung gelangt sind, wird er auch nur von solchen Gesellschaften geltend gemacht werden können, bei denen die Persönlichkeit der Gesellschafter, wenn auch nicht von ausschlaggebender, so doch mindestens von hervorragender Bedeutung ist. Dies ist aber nur bei personengesellschaftlichen und bei personalkörperschaftlichen GmbH der Fall. Bei kapitalistischen GmbH dagegen dürfte ein Ausschluss im Regelfalle praktisch ausgeschlossen sein. In Spezialfällen mag er jedoch auch bei solchen Gesellschaftstypen zur Anwendung kommen.

Genau gleich wie der Austritt aus wichtigen Gründen soll auch der Ausschluss nur «ultima ratio» sein. Deshalb kann auch die Ausschliessungsklage nur dann bewilligt werden, wenn der behauptete Mißstand nicht durch eine andere, für den Betroffenen weniger einschneidende Massnahme in einer für die Gesellschaft befriedigende Art hätte beseitigt werden können.¹⁴ Vor allem aber hat der Auszuschliessende Anspruch darauf, sich im Schosse der Gesellschaft verteidigen zu können und von dieser angehört zu werden.¹⁵

Zum Schluss sei auch hier, wie beim gesetzlichen Austritt, auf einen Sonderfall speziell hingewiesen. Kommt ein Gesellschafter mit seiner Leistung auf die Stammeinlage in Verzug, so kann er gemäss Art. 799 ff. OR kaduziert, d. h. ausgeschlossen werden. Nach allgemeiner Auffassung ist aber die Kaduzierung nur bei Verzug mit Geldeinlagen, nicht aber bei Verzug mit Sacheinlagen möglich.¹⁶ Das Rechtsinstitut des Ausschlusses bietet nun der Gesellschaft die unter Umständen willkommene Möglichkeit, auch den mit seiner Sacheinlage in Verzug geratenen Gesellschafter auszuschliessen.¹⁷ Denn, wenn schon der Verzug mit der Leistung der Geldeinlage der Gesellschaft in allen Fällen das Recht gibt, den sich im Verzug befindenden Gesellschafter auszuschliessen, so ist nicht einzusehen, weshalb der Verzug mit der Leistung einer Sacheinlage nicht auch in allen Fällen einen wichtigen Grund zur Ausschliessung abgeben sollte. Die speziellen Folgen der Kaduzierung können allerdings auch in diesem

¹³ a. A. Arnold 65 ff., der einfach die für die Kollektivgesellschaft geltenden Grundsätze generell auf die GmbH überträgt.

¹⁴ Vgl. Weipert § 140 A 5.

¹⁵ Vgl. BGE 40 II 379; 44 II 83; Egger Art. 72 N 7.

¹⁶ Vgl. Hachenburg § 21 A 1; Brodmann § 21 A 8; Feine 302 f.; Fischer 371; Sauter 35; Gelzer 30 f. a. A. Höchli 34 ff.

¹⁷ Vgl. Gelzer 98.

Falle nicht mit dem Ausschluss verbunden werden.¹⁸ Insbesondere behält der Gesellschafter seinen Anspruch auf Abfindung.¹⁹ Die Gesellschaft kann lediglich dem Abfindungsanspruch des Ausgeschlossenen ihren Ausfall am Stammkapital und ihre eventuellen Schadenersatzansprüche entgegenstellen und damit verrechnen.²⁰ Eine Deckung des Ausfalles am Stammkapital aus dem Erlös einer eventuellen Verwertung des Gesellschaftsanteils ist dagegen als unzulässig zu betrachten.

§ 2. Die Durchführung des Ausschlusses

In bezug auf die Durchführung der Ausschliessung lehnt sich Art. 822 Abs. 3 OR ganz an Art. 577 OR an, der den Ausschluss aus der Kollektivgesellschaft regelt. Somit ist eine Durchsetzung des Ausschlusses durch gewöhnliche Willenserklärung der Gesellschaft auch bei der GmbH nicht erlaubt. Notwendig ist hiezu vielmehr genau gleich wie bei der Kollektivgesellschaft ein gerichtliches Urteil.¹ Das Verfahren ist also im wesentlichen dasselbe wie beim gesetzlichen Austritt, nur mit umgekehrten Vorzeichen. Es wird daher auch nur soweit darauf eingegangen, als dies die im Vergleich mit der Durchführung des gesetzlichen Austritts sich ergebenden Unterschiede erfordern.

Aktiv legitimiert zur Klage auf Ausschliessung ist selbstverständlich die Gesellschaft. Keine Aktivlegitimation besitzen dagegen im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft² die einzelnen Gesellschafter. Immerhin ist die Gesellschaft im Entscheid über die Erhebung der Ausschlussklage nicht absolut frei. Art. 822 Abs. 3 OR schreibt vielmehr vor, dass die Klage immer nur dann eingeleitet werden kann, wenn zuvor ein die Ausschliessung bejahender Gesellschaftsbeschluss gefasst wurde. Darin liegt ebenfalls eine gewisse Anlehnung an die Kollektivgesellschaft. Doch ist bei der GmbH nicht die Einstimmigkeit aller nicht ins Recht gefasster Gesellschafter erforderlich. Dem Ausschliessungsbeschluss muss nur die ein-

¹⁸ Vor allem kann der Ausschluss aus wichtigen Gründen auch nicht die in Art. 801 OR vorgesehene Haftung der Rechtsvorgänger des ausgeschlossenen Gesellschafters auslösen.

¹⁹ Vgl. zum Abfindungsanspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters unten S. 110 ff.

²⁰ Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 6.

¹ Vgl. Siegwart Art. 577 N 5, N 6.

² Bei der Ausschliessung aus der Kollektivgesellschaft müssen alle übrigen Gesellschafter gemeinsam den Klageantrag stellen. — Vgl. Siegwart Art. 577 N 4; Düringer-Hachenburg § 140 A 4. Weipert § 140 A 14; Staub-Pinner § 140 A 1.

fache Mehrheit aller Gesellschafter, die zugleich mindestens die Hälfte des Stammkapitals vertritt, zugestimmt haben. Durch diese Vorschrift wird verhindert, dass die Minderheit die Mehrheit ausschliessen kann³, wie dies bei der Kollektivgesellschaft durchaus im Bereich der Möglichkeit liegt.⁴ Der Nachteil dieser Regelung besteht darin, dass ein Ausschluss nicht in Frage kommen kann, wenn der auszuschliessende Gesellschafter mindestens die Hälfte des eingetragenen Stammkapitals vertritt oder wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind. In einem solchen Falle ist die Erreichung der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit unmöglich. Die Anforderungen an den Ausschliessungsbeschluss können durch die Statuten wohl erschwert, nicht aber erleichtert werden.⁵

Passivlegitimiert ist naturnotwendig der oder die auszuschliessenden Gesellschafter. Die Massnahme der Ausschliessung kann sich ja ihrem Wesen nach nur gegen einen oder einzelne Gesellschafter auswirken. Zur Abwehr der Ausschlussklage stehen dem Gesellschafter verschiedene Mittel zur Verfügung. Einmal kann er das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, d. h. das Klagefundament, bestreiten. Dann steht es ihm aber auch frei, der Klage der Gesellschaft eine Widerklage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen entgegenzusetzen.

Wie das Urteil im Prozess um den gesetzlichen Austritt hat auch der im Ausschlussverfahren ergehende Entscheid Konstitutivwirkung, *ex nunc*.⁶ Als Zeitpunkt des Beginns der Wirksamkeit ist also auch hier der Tag der Rechtskraft des Urteils zu betrachten. Bis zu diesem Datum behält der ausgeschlossene Gesellschafter die Gesellschaftereigenschaft mit allen daraus fliessenden Berechtigungen und Verpflichtungen.⁷ Von diesem Zeitpunkt an, also für die Zukunft, fällt die Mitgliedschaft gesamthaft und in vollem Umfange weg. Er scheidet mit dem Tage der Rechtskraft des Urteils aus der Gesellschaft aus.⁸

Vorsorgliche Massnahmen sind in gleicher Weise statthaft wie im Falle des gesetzlichen Austritts. Beim Ausschluss wird es vor allem die Gesellschaft sein, die durch vorsorgliche Massnahmen des Richters zu schützen ist. Von ganz besonderer Bedeutung ist hier die Möglichkeit des Entzugs der Geschäftsführung. Aber auch der auszuschliessende Gesell-

³ Vgl. Arnold 66.

⁴ Vgl. Siegwart Art. 577 N 8; Botschaft 72 f.; Arnold 66.

⁵ Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 6; Arnold 68.

⁶ Vgl. Düringer-Hachenburg § 140 A 7; Weipert § 140 A 23, A 24.

⁷ Vgl. Weipert § 140 A 25.

⁸ Vgl. Weipert § 140 A 25.

schafter wird in vielen Fällen seinerseits schutzbedürftig sein. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Ausschliessung nicht durch das Verschulden des Auszuschliessenden herbeigeführt wurde.

Mehr noch als bei der Klage auf Austritt werden mit dem Ausschluss Schadenersatzansprüche verbunden sein. Im überwiegenden Teil aller Fälle wird es sich dabei um Ansprüche der Gesellschaft gegenüber dem auszuschliessenden Gesellschafter handeln. Da die Parteirollen in diesem Falle richtig verteilt sind — die Gesellschaft ist Klägerin, der Gesellschafter Beklagter —, besteht grundsätzlich kein Hindernis, die Schadenersatzansprüche der Gesellschaft im Ausschlussverfahren geltend zu machen. Gleichgültig ist dabei der Rechtsgrund der Schadenersatzansprüche. Sie werden zwar zumeist aus der den Gesellschafter treffenden Gründerhaftung oder aus der Haftung für Geschäftsführung und Kontrolle herrühren.⁹ Möglich ist aber auch, dass sich die Schadenersatzpflicht des auszuschliessenden Gesellschafters aus den allgemeinen Bestimmungen von Art. 42 ff. OR herleitet. Der auszuschliessende Gesellschafter kann ihm zustehende Schadenersatzansprüche nur dann im gleichen Verfahren geltend machen, wenn sie gegenüber der Gesellschaft bestehen. Für Ansprüche gegenüber seinen Mitgesellschaftern muss er dagegen, da diese im Prozess um die Ausschliessung nicht passiv legitimiert sind, auf ein besonderes Verfahren verwiesen werden.

Da bei der GmbH ein Ausscheiden ohne Uebertragung des Gesellschaftsanteils nur möglich ist, wenn dabei die Bestimmungen des Art. 822 OR eingehalten werden¹⁰, genügt zur Vermeidung des gerichtlichen Ausschliessungsverfahrens im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft die blosse Einwilligung des Auszuschliessenden in den Ausschluss nicht. Das gerichtliche Verfahren kann nur in der Weise umgangen werden, dass der auszuschliessende Gesellschafter sich mit der Abtretung seines Gesellschaftsanteils an einen durch die Gesellschaft zu bezeichnenden Mitgesellschafter oder Dritten oder mit der Uebertragung an die Gesellschaft selber einverstanden erklärt. Dass dabei die Vorschriften der Art. 791, 796 und 807 OR einzuhalten sind, ist selbstverständlich. In einem solchen Falle handelt es sich eben formell nicht um einen Ausschluss, sondern

⁹ Vgl. Art. 827 in Verb. m. Art. 753, 754 OR; J a n g g e n - B e c k e r zu Art. 827.

¹⁰ Ein Ausscheiden ohne Abtretung des Gesellschaftsanteils, das ausserhalb des durch Art. 822 OR vorgezeichneten Rahmens erfolgt, ist unerlaubt, weil es gegen die Pflicht der Gesellschaft zur Erhaltung des Stammkapitals verstösst. Eine Durchbrechung dieser Pflicht ist nur erlaubt, wenn sie vom Gesetz ausdrücklich gestattet wird.

um eine gewöhnliche Abtretung an einen Dritten, einen Mitgesellschafter oder an die Gesellschaft selber. Wird der Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters geteilt und an verschiedene Dritte oder Mitgesellschafter veräussert, so ist überdies Art. 795 OR zu beachten.

§ 3. Die Möglichkeiten statutarischer Einflussnahme auf die gesetzliche Regelung des Ausschlusses

Auch beim Ausschluss ist in genau gleicher Weise wie beim gesetzlichen Austritt zu prüfen, wie weit die Statuten in die gesetzliche Ordnung eingreifen können. Weil das Gesetz aber nicht wie im Falle des Austritts den Statuten ausdrücklich die Kompetenz erteilt, neben dem Recht auf Ausschliessung aus wichtigen Gründen einen Ausschluss einzuführen, dessen Inhalt und Umfang sie in freier Weise bestimmen können, ergibt sich noch ein weiteres Problem. Es ist neben der Frage der Abänderlichkeit der gesetzlichen Ordnung des Ausschlusses zu prüfen, ob nicht doch die Möglichkeit der Einführung einer statutarischen Ausschliessung besteht, obgleich eine diesbezügliche ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung fehlt.

Vorweg genommen sei das Problem der Einführung eines statutarischen Ausschlusses. Legt man Art. 822 OR zunächst in rein logischer Weise aus, so gelangt man zu folgenden Ergebnissen. Obwohl aus dem Schweigen des Gesetzes nicht immer auf eine abschliessende Ordnung geschlossen werden darf, so kann im Falle des Ausschlusses aus der GmbH das Vorliegen einer Gesetzeslücke nicht in Frage kommen. Denn, wenn schon der Gesetzgeber die Möglichkeit eines statutarischen Austritts ausdrücklich normiert hat, so ist wohl anzunehmen, dass er dasselbe auch im Falle des Ausschlusses getan hätte, wenn er eine statutarische Ausschliessung hätte erlauben wollen. Aus dem Schweigen des Art. 822 OR ist deshalb zu schliessen, dass der Gesetzgeber ein statutarisches Recht auf Ausschluss als unstatthaft betrachtete.

Will man sich mit dieser, zugegebenermassen nur logischen und deshalb in gewisser Hinsicht unvollkommenen Auslegung nicht zufrieden geben, so führen auch noch andere Ueberlegungen zum gleichen Ergebnis. Die Ablehnung eines statutarischen Ausschlusses ergibt sich unter anderem auch aus dem kapitalistischen Wesen der GmbH. Die GmbH ist als Kapitalvereinigung nicht nur gehalten, das im Handelsregister zum voraus deklarierte Stammkapital aufzubringen. Sie hat überdies auch

die Pflicht ihr Stammkapital zu erhalten und nicht durch ungerechtfertigte Rückleistungen zu vermindern. Aus diesem Grunde müsste streng genommen jedes Ausscheiden, das die Pflicht zur Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters nach sich zieht, als unerlaubt betrachtet werden. Durchbricht das Gesetz ausnahmsweise dieses Prinzip, so sind die gesetzlichen Ausnahmbestimmungen doch wohl restriktiv auszulegen. Insbesondere aber ist anzunehmen, dass ein Ausscheiden mit nachfolgender Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters nur dann als zulässig betrachtet werden kann, wenn eine ausdrückliche Erlaubnis des Gesetzes vorliegt. Somit ist also auch aus diesen Gesichtspunkten heraus die Möglichkeit eines statutarischen Ausschlusses zu verneinen, weil auch der ausgeschlossene Gesellschafter seinen Anspruch auf Abfindung nicht verliert.

Ein statutarisches Austrittsrecht muss aber auch aus Rücksicht auf die Interessen der Gläubiger abgelehnt werden. Zwar ist zuzugeben, dass die beschränkt-persönliche Haftung der Gesellschafter einen gewissen Ersatz für die durch eine eventuelle Abfindung des Ausgeschlossenen notwendig werdende Verminderung des Gesellschaftsvermögens darstellt. Allein, die persönliche Haftung ist doch nur ein ungenügendes Äquivalent für den unter Umständen notwendig werdenden Entzug von Gesellschaftsvermögen. Denn einmal besteht die Haftung nur soweit und sofern das Stammkapital nicht voll einbezahlt oder durch nachträgliche widerrechtliche Rückleistung vermindert worden ist.¹ Dann aber wird die persönliche Haftung der Gesellschafter in allen jenen Fällen wertlos, wo sich bei deren Durchsetzung erweist, dass bei den haftenden Gesellschaftern kein exequierbares Vermögen vorhanden ist. Demgegenüber bietet das tatsächlich vorhandene Gesellschaftsvermögen den Gläubigern immerhin ein reales Sicherungsobjekt.

Aus allen diesen Ueberlegungen heraus ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Fälle des Ausscheidens ohne Abtretung des Gesellschaftsanteils in abschliessender Weise regeln wollte. Das Ergebnis der logischen Auslegung von Art. 822 OR erweist sich daher als richtig. Die Einführung eines dem statutarischen Austritt gleichenden, neben dem Ausschluss aus wichtigen Gründen stehenden Rechts auf Ausschliessung, muss somit als unzulässig betrachtet werden. Zu prüfen bleibt deshalb nur noch, wie weit die Statuten auf die gesetzliche Regelung des Ausschlusses einwirken können.

¹ Vgl. Art. 802 Abs. 2 OR; Kaufmann 96 ff., 124 ff.

Statutarische Erschwerungen des Ausschlusses aus wichtigen Gründen können in gleicher Weise wie Erschwerungen der Ausschliessung aus der Kollektivgesellschaft ohne Bedenken gestattet werden.² Gegen solche Bestimmungen der Statuten sprechen weder die Interessen der Gesellschafter noch diejenigen der Gläubiger.³ Im Gegenteil, sowohl die Rechtslage der Gläubiger als auch diejenige der Gesellschafter wird dadurch verbessert, müssen doch die Gesellschafter weniger mit dem zwangsweisen Entzug der Mitgliedschaft rechnen und sind doch die Gläubiger in vermehrtem Masse vor einem, durch die Abfindung eines ausgeschlossenen Gesellschafters verursachten Entzug von Gesellschaftsvermögen geschützt. Es muss daher der Gesellschaft überlassen werden zu entscheiden, ob sie auf die Vorteile, die sich ihr in der Möglichkeit zur Ausschliessung einzelner Gesellschafter bieten, verzichten will.⁴ Aus den gleichen Ueberlegungen heraus müssen aber nicht nur Erschwerungen des Ausschlusses als zulässig betrachtet werden. Vielmehr ist auch gegen die gänzliche Abschaffung des Rechts auf Ausschliessung vom rechtlichen Standpunkt aus gesehen nichts einzuwenden.⁵

Ganz andere Ueberlegungen müssen wiederum für Erleichterungen des Ausschlusses Platz greifen. Bei der Kollektivgesellschaft hält zwar die neuere Literatur und Praxis Erleichterungen der Ausschliessung sozusagen unbeschränkt für zulässig.⁶ Als allgemein anerkannte Schranke solcher Erleichterungen wird lediglich das Verbot des Ausschlusses des Rechtsweges genannt.⁷ Diese Ansicht wird in folgender Weise begründet: Es sei unbestritten, dass es dem Gesellschafter möglich sei, sich nachträglich aus freiem Willen der Massnahme eines erleichterten Ausschlusses zu unterziehen. Wenn aber gegen die nachträgliche Unterwerfung unter einen erleichterten Ausschluss nichts einzuwenden sei, so könne sich der Ge-

² Vgl. zu den Möglichkeiten der Erschwerung des Ausschlusses: Staub-Pinner § 140 A 4; Düringer-Hachenburg § 140 A 13; Weipert § 140 A 29. —

Eine praktisch bedeutsame Erschwerung des Ausschlusses ergibt sich, wenn die Statuten für den Ausschliessungsbeschluss ein höheres Quorum oder gar Einstimmigkeit der in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter vorschreiben. — Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 6.

³ Vgl. BGE 69 II 120 ff.; Rosenberg 45; Weipert § 140 A 29; Düringer-Hachenburg § 140 A 13; Staub-Pinner § 140 A 4.

⁴ Vgl. Düringer-Hachenburg § 140 A 13.

⁵ Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 6.

⁶ Vgl. BGE 69 II 118 ff.; Siegwart Art. 577 N 1, N 5; Düringer-Hachenburg § 140 A 13 ff.; Weipert § 140 A 29 ff. a. A. BGE 24 II 192; Rosenberg 46; Staub-Pinner § 140 A 4.

⁷ Vgl. Düringer-Hachenburg § 140 A 15.

sellschafter ebenso gut auch schon zum Voraus mit gesellschaftsvertraglichen Anordnungen einverstanden erklären, die seine Ausschliessung erleichtern.⁸ Bei der GmbH können jedoch diese Prinzipien keine Anwendung finden. Für Erleichterungen der Ausschliessung aus der GmbH gelten vielmehr die gleichen Ueberlegungen, wie sie für die Einführung eines statutarischen Ausschlusses angestellt worden sind. Daher müssen Erleichterungen des Rechts auf Ausschluss bei der GmbH grundsätzlich als unzulässig betrachtet werden.⁹ Immerhin ist eine zu starre Handhabung dieses Grundsatzes nicht am Platze. Den Ausschluss erleichternde statutarische Bestimmungen können so weit erlaubt werden, als sie nicht eine wesentliche Erschwerung der Rechtslage des auszuschliessenden Gesellschafters zur Folge haben. So sind z. B. Statutenbestimmungen möglich, die zum Voraus bestimmte Umstände zu wichtigen Gründen stempeln. Diese Umstände gelten als genügende Voraussetzung eines Ausschlusses, selbst wenn sich bei einer Prüfung im konkreten Fall erweist, dass sie nicht als wichtige Gründe im Sinne des Gesetzes zu betrachten wären.¹⁰ Verboten sind dagegen statutarische Anordnungen, die in genereller Weise ganze Kategorien von Umständen zum Voraus als wichtige Gründe erklären. Die Statuten dürfen aber auch, entgegen der Meinung von Arnold¹¹, dem ausgeschlossenen Mitglieder nicht weitere als die gesetzlichen Nachteile androhen. Daher ist insbesondere die Verbindung des Ausschlusses mit einer Konventionalstrafe ausgeschlossen.

⁸ Vgl. BGE 69 II 120 ff.; Siegwart Art. 577 N 1, N 4, N 5; Düringer-Hachenburg § 140 A 13; Weipert § 140 A 29.

⁹ a. A. Arnold 67, der einfach die für die Kollektivgesellschaft entwickelten Anschauungen auf die GmbH überträgt.

¹⁰ Vgl. Janggen-Becker Art. 822 N 6.

¹¹ Vgl. Arnold 68.

4. KAPITEL

Der Abschluss des Ausscheidungsverfahrens

§ 1. Der Abschluss des Verfahrens im Innenverhältnis

Obschon mit der Beendigung des bis anhin dargestellten Verfahrens das Ausscheiden im Innenverhältnis grundsätzlich wirksam geworden ist, harren in diesem Zusammenhang noch verschiedene Probleme der Lösung. Ganz abgesehen von den Schwierigkeiten, die sich in jenen Fällen zeigen, in denen ein Kapitalherabsetzungsverfahren nicht umgangen werden kann, ergeben sich aus der mangelhaften Abstimmung des Art. 822 OR auf die übrigen Normen des Rechts der GmbH noch einige weitere Komplikationen. So erhebt sich, angesichts der in Art. 776 Ziff. 3 OR enthaltenen Vorschrift, dass der Betrag der Stammeinlage jedes Gesellschafters zum gesetzlich vorgeschriebenen Statuteninhalt gehöre, die Frage, ob Austritt und Ausschluss eine Statutenrevision notwendig machen und welche Bedeutung einer solchen zukomme. Ueberdies ist aber auch noch die Pflicht zur Eintragung des Ausscheidens im Anteilbuch zu überprüfen.

Die Frage der Statutenänderung ist noch nie im Zusammenhang mit Austritt und Ausschluss, wohl aber bei der Abtretung des Gesellschaftersanteils untersucht worden. Bei Ausscheiden durch Uebertragung des Gesellschaftersanteils betrachtet die herrschende Meinung¹ eine in den Formen der Art. 784 ff. OR vorzunehmende Statutenänderung in allen jenen Fällen als Gültigkeitsvoraussetzung, in denen die Abtretung des Gesellschaftersanteils eine Veränderung des Betrags der Stammeinlage zur Folge hat. Dies ist der Fall bei Teilung eines Gesellschaftersanteils oder bei Verschmelzung mehrerer Gesellschaftersanteile. Wird jedoch der Gesellschaftersanteil als Ganzes an einen Dritten veräussert, so hält die genannte Meinung eine Statutenrevision deshalb nicht für erforderlich, weil sich der Betrag der Stammeinlage in einem solchen Falle nicht verändere und das Gesetz ja lediglich die Aufnahme des Betrages der Stammeinlage, nicht aber des Namens der Gesellschafter verlange.²

¹ Vgl. Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 20. Aug. 1937; BGE 64 I 292 f.; Tissières 52 ff.; Arnold 20 ff.

² a. A. Lecoultrès 51, der die Statutenrevision in allen Fällen der Abtretung von Gesellschaftersanteilen für notwendig hält. BGE 64 I 262 lässt diese Frage bewusst offen, da der diesem Entscheid zugrunde liegende Tatbestand eine Stellungnahme nicht erforderte.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ist im Rahmen dieser Arbeit nicht näher zu überprüfen. Ich halte jedoch die Zweifel, die Schwarzenbach³ gegenüber der herrschenden Meinung äussert, als angebracht. Jedenfalls aber kann eine Statutenänderung für das Ausscheiden gemäss Art. 822 OR nicht als Gültigkeitserfordernis betrachtet werden. Das Wesen des Austritts und des Ausschlusses verbieten eine solche Auffassung. Das Gegenteil annehmen hiesse, dass Austritt und Ausschluss nach Durchführung des sich aus Art. 822 OR ergebenden Verfahrens nachträglich auf dem Umweg der Statutenrevision der Genehmigung durch die für den statutenändernden Gesellschaftsbeschluss in Art. 784 Abs. 2 OR geforderte Mehrheit unterstellt würden.⁴ Ueberdies würde dadurch auch das für den Austritt und den Ausschluss aus wichtigen Gründen erforderliche gerichtliche Verfahren sinnlos. Denn, was würde ein richterliches Urteil nützen, wenn es nachträglich durch die Nichtgenehmigung der Statutenrevision wieder umgestürzt werden könnte, obwohl es Rechtskraft erlangt hat?

Zuzugeben ist allerdings, dass nach erfolgtem Ausscheiden die Tatsachen nicht mehr mit dem Statuteninhalt übereinstimmen. Allein diese Diskrepanz zwischen der tatsächlichen Lage und dem schriftlich fixierten Statuteninhalt kann nicht durch einen dem Willen der Gesellschaftermehrheit unterliegenden Gesellschaftsbeschluss beseitigt werden. Die Gesellschaft hat sich vielmehr der durch das rechtmässig durchgeführte Ausscheidungsverfahren erzwungenen Aenderung der Tatsachen zu beugen. Weil aber sowohl die ursprünglichen Statuten als auch jede Statutenänderung beim Handelsregisteramt anzumelden und einzutragen sind⁵, ist der Statuteninhalt gleichwohl mit den veränderten Tatsachen wieder in Einklang zu bringen.⁶ In Anlehnung an das sonstige Verfahren bei der Anmeldung eintragungspflichtiger Tatsachen⁷ ist wohl anzunehmen, dass die Geschäftsführer das Recht und die Pflicht zur V o r n a h m e und Anmeldung der durch Austritt oder Ausschluss erzwungenen Statutenände-

³ Vgl. Schwarzenbach 53 f.

⁴ Dass dies nicht richtig sein kann, beweist vor allem der Fall des Austritts. Der Austritt muss, soll er seinen Sinn nicht verlieren, ohne Rücksicht auf den Willen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter durchgesetzt werden können.

⁵ Vgl. Art. 780 Abs. 4 und Art. 785 Abs. 1 OR.

⁶ Dies ergibt sich zwingend aus Art. 937 OR. Weil aber nicht einzusehen ist, auf welche Weise der Betrag der Stammeinlage jedes Gesellschafters ohne Nennung des Namens der Gesellschafter angegeben werden kann, ist mit L e c o u l t r e (S. 51) anzunehmen, dass die Statutenrevision in allen Fällen, also nicht nur wenn der Betrag der Stammeinlage ändert, vorzunehmen ist.

⁷ Vgl. Art. 780 Abs. 2 OR.

rung haben. Ein statutenändernder Gesellschaftsbeschluss ist jedoch in diesem Falle weder notwendig noch erlaubt.

Weniger Schwierigkeiten als die Statutenrevision bietet die Frage der Eintragung des Ausscheidens im Anteilbuch. Dass die Geschäftsführer die Pflicht zur Vornahme oder Veranlassung der Vormerkung des Ausscheidens im Anteilbuch haben, ergibt sich eindeutig aus Art. 790 Abs. 1 OR und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Eine konstitutive Bedeutung für die Wirksamkeit des Ausscheidens kann jedoch dieser Eintragung im Anteilbuch nicht beigemessen werden. Denn einerseits wird dies durch Art. 822 OR nicht vorgeschrieben, und anderseits erfordert auch bei der Abtretung von Gesellschaftsanteilen nur der klare Wortlaut des Gesetzes, nicht aber Wesen und Sinn des Anteilbuches, den konstitutiven Charakter der Eintragung im Anteilbuch⁸.

§ 2. Der Abschluss des Verfahrens im Aussenverhältnis

Wie im Verlaufe dieser Arbeit schon mehrmals festgestellt worden ist, tritt die Wirksamkeit des Ausscheidens im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschiedenen Gesellschafter mit der Durchführung des gesetzlich oder statutarisch vorgesehenen Verfahrens ein. Im Verhältnis zu Dritten kann jedoch diese Wirkung angesichts der Tatsache, dass gemäss Art. 781 Ziff. 4 und 5 OR Name, Wohnort und Staatsangehörigkeit der Gesellschafter, für juristische Personen die Firma und der Sitz, sowie der Betrag der Stammeinlage der einzelnen Gesellschafter im Handelsregister einzutragen ist, nicht ohne weiteres eintreten. So lange der Eintrag im Handelsregister aufrechterhalten bleibt, kann nach allgemeinen handelsregisterlichen Grundsätzen weder die Gesellschaft noch der Gesellschafter sich Dritten gegenüber auf das erfolgte Ausscheiden berufen. Der Dritte seinerseits kann sich, sofern das Ausscheiden im Handelsregister nicht eingetragen worden ist, auf das Bestehen der Mitgliedschaft verlassen, sofern er von deren Beendigung nicht positiv Kenntnis erlangt hat¹. Offenbar sind also zur Herbeiführung der Wirksamkeit des Ausscheidens im Aussenverhältnis weitere Massnahmen notwendig.

⁸ Vgl. zur Problematik der Eintragung der Abtretung von Gesellschaftsanteilen im Anteilbuch: Janggen-Becker Art. 791 N 12; Egger SJZ 32; Haab ZbJV 151 ff.; Canner 90, 101; Tissières 51; Gamma 18 f.; Schwarzenbach 51 ff., insbesondere 52, Fussnote 65.

¹ Vgl. Art. 933 Abs. 2 OR.

Bei allen anderen Vereinigungen, bei denen das Gesetz die Eintragung der Mitglieder im Handelsregister vorschreibt, also bei der Kollektivgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Genossenschaft mit beschränkter oder unbeschränkter Haftung oder Nachschusspflicht der Genossenschafter, sind diese Dinge in klarer und eindeutiger Weise geregelt worden. Das Gesetz schreibt nicht nur die Eintragung der Begründung, sondern auch die Pflicht zur Anmeldung und Eintragung der Beendigung des Mitgliedschaftsverhältnisses ausdrücklich vor.² Aus dieser Vorschrift geht ganz unmissverständlich hervor, dass bei diesen Vereinigungen das Ausscheiden gegenüber Dritten erst mit der Löschung des Ausgeschiedenen im Handelsregister wirksam werden kann. Im Recht der GmbH fehlt jedoch leider eine solche ausdrückliche Gesetzesbestimmung gänzlich. Weder im Zusammenhang mit der Abtretung des Gesellschaftsanteils noch in Art. 822 OR findet man die Pflicht zur Anmeldung und Eintragung des Ausscheidens. Es ist wohl dieser Unterlassung des Gesetzgebers zuzuschreiben, dass über das Verfahren der Beendigung der Mitgliedschaft im Aussenverhältnis bei der GmbH Missverständnisse entstanden sind.

Nach einer ersten Meinung³ soll das Ausscheiden mit seiner Vermerkung im Anteilbuch auch Dritten gegenüber seine Wirksamkeit entfalten. Dass diese Ansicht nicht richtig sein kann, ist offensichtlich. Das Anteilbuch ist lediglich ein gesellschaftsinternes Register, dessen Führung der Gesellschaft nur deshalb vorgeschrieben wird, um sie zu einer sauberen und klaren Ordnung ihrer Mitgliedschaftsverhältnisse zu zwingen. Der Öffentlichkeit ist dieses Register jedoch nicht zugänglich und es kann ihm als rein privater Urkunde auch keine Publizitätswirkung zukommen. Daher kann die Löschung des Ausgeschiedenen im Anteilbuch weder die Wirksamkeit des Ausscheidens gegenüber Dritten nach sich ziehen, noch den Zeitpunkt des Beginns dieser Wirkungen bezeichnen.

Eine zweite Meinung⁴ will es für die Beendigung des Ausscheidungsverfahrens im Aussenverhältnis bei der Vermerkung des Ausscheidens auf den dem Handelsregisteramt zu Beginn jedes Kalenderjahres einzureichenden Listen bewenden lassen. Diese Listen verfügen zwar über die notwendige Publizitätswirkung und geben eine genügende Grundlage für die Löschung des Ausgeschiedenen im Handelsregister ab. Trotzdem

² Vgl. Art. 581, Art. 619 und Art. 877 Abs. 1 und 2 OR.

³ Vgl. J a n g g e n - B e c k e r Art. 791 N 12; H a c h e n b u r g ZSR 352.

⁴ Vgl. G a m m a 125; BGE 64 I 290.

muss auch diese Auffassung abgelehnt werden. Denn ihre Durchführung hätte zur Folge, dass das Ausscheiden ohne Rücksicht auf sein Eintreten im Innenverhältnis immer erst mit der Einreichung der Listen, also zu Beginn jedes Kalenderjahres, gegenüber Dritten wirksam werden könnte. Im ungünstigsten Falle, nämlich dann, wenn das Ausscheiden kurz nach Einreichung der letzten Liste perfekt wird, würde die Verzögerung nahezu ein Jahr betragen. Eine solche Konsequenz muss aber sowohl mit Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft als auch ganz besonders im Hinblick auf die Interessen des Ausgeschiedenen⁵ als unhaltbar betrachtet werden.

Aus allen diesen Gründen kann daher nur die auch vom Bundesgericht⁶ vertretene Meinung richtig sein, dass das Ausscheiden erst im Zeitpunkt der Löschung des Ausgeschiedenen im Handelsregister gegenüber Dritten wirksam werden kann. Die Pflicht zur Anmeldung und Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister ergibt sich trotz des Fehlens einer diesbezüglichen ausdrücklichen Norm im Recht der GmbH direkt aus dem Gesetz. Denn Art. 937 OR schreibt vor, dass in allen Fällen, in denen die, einer Eintragung zugrunde liegenden Tatsachen, eine Aenderung erfahren, auch die Aenderung dieser Tatsachen einzutragen ist. Da aber der Ausgeschiedene mit dem im Innenverhältnis wirksam gewordenen Ausscheiden seine Gesellschaftereigenschaft verloren hat, stimmen die Tatsachen nicht mehr mit dem Inhalt des Handelsregisters überein. Somit ist auch das Ausscheiden genau gleich wie die Begründung der Mitgliedschaft im Handelsregister einzutragen.⁷ Die Pflicht zur Anmeldung von Aenderungen eingetragener Tatsachen haben nach allgemeiner Auffassung diejenigen Personen, die zur ursprünglichen Anmeldung verpflichtet waren.⁸ Die Anmeldung des Ausscheidens ist daher gemäss Art. 780 Abs. 2 OR durch alle Geschäftsführer gemeinsam vorzunehmen.

Was tut nun aber der Gesellschafter, wenn die Geschäftsführer die An-

⁵ Die Verzögerung der Eintragung im Handelsregister kann vor allem deswegen nicht in Frage kommen, weil der ausgeschiedene Gesellschafter für alle jene Schulden der Gesellschaft einzustehen hat, die vor dem Tage der Publikation seines Ausscheidens im schweiz. Handelsamtsblatt entstanden sind, und weil erst von diesem Zeitpunkt weg die für die Verjährung der Haftung geltende fünfjährige Frist zu laufen beginnt. — Vgl. Art. 802 Abs. 1 in Verb. m. Art. 591 Abs. 1 OR; Siegwart Art. 581 N 8, Art. 591/93 N 8; Kaufmann 145, 146 ff.

⁶ Vgl. BGE 64 I 289 ff.

⁷ So auch Tissières 51 ff.; Lecoultré 52; Arnold 19 f., 48; unentschieden Schwarzenbach 53.

⁸ Vgl. Art. 33 Abs. 1 HRVO; His Art. 937 N 22.

meldung seines Ausscheidens ungebührlich lange hinauszögern? Das Genossenschaftsrecht regelt diesen Fall in klarer und eindeutiger Weise zu Gunsten des ausgeschiedenen Genossenschafters. Einmal schreibt es in Art. 877 Abs. 1 OR vor, dass die Anmeldung innerhalb dreier Monate nach erfolgtem Ausscheiden vorgenommen werden muss.⁹ Dann aber erteilt es dem ausgeschiedenen Genossenschafter in Art. 877 Abs. 2 OR ausdrücklich die Befugnis, die Eintragung seines Ausscheidens selber in die Wege zu leiten.¹⁰ Weil bei der GmbH eine entsprechende Vorschrift fehlt und eine analoge Anwendung von Art. 877 Abs. 2 OR nicht in Frage kommen kann, muss angenommen werden, dass der ausgeschiedene GmbH-Gesellschafter weder das Recht noch die Pflicht zur Anmeldung seines Ausscheidens hat. Immerhin kann er versuchen, seine Löschung im Handelsregister auf dem Wege einer Anzeige an den Handelsregisterführer zu erzwingen; denn gemäss Art. 59, 60 in Verb. mit Art. 57 Abs. 2 HRVO kann der Handelsregisterführer Aenderungen eingetragener Tatsachen auch auf Grund einer begründeten Anzeige Dritter von Amtes wegen eintragen.¹¹ Ja, er ist im Regelfalle zu der Vornahme der zwangsweisen Eintragung sogar verpflichtet, wenn ihm durch ein rechtskräftiges Urteil die zivilrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung bewiesen werden können.¹² Daher wird es dem Ausgeschiedenen im Falle des gesetzlichen Austritts und des Ausschlusses nicht schwer fallen, seine Löschung im Handelsregister zu erzwingen. Er braucht seiner Anzeige bloss die ihm zukommende Ausfertigung des rechtskräftigen Austritts- oder Ausschlussurteils beizulegen. Schwieriger gestaltet sich die Lage des Ausgeschiedenen im Falle eines statutarischen Austritts, der nicht durch ein Gerichtsverfahren nachgeprüft worden ist. Tritt der Handelsregisterführer nicht auf die Anzeige des Ausgeschiedenen ein, so wird diesem nichts anderes übrig bleiben, als sein Ausscheiden durch ein gerichtliches Feststellungsurteil nachweisen zu lassen. Immerhin haften ihm aber die Geschäftsführer gemäss Art. 942 OR für den durch die nicht oder nicht rechtzeitig vorgenommene Eintragung entstandenen Schaden.¹³ Für den-

⁹ Vgl. Winkler 239; Ab Yberg 89 f.

¹⁰ Vgl. Winkler 239 ff.

¹¹ Vgl. His Art. 937 N 38 f. Für das Verfahren vgl. Art. 57 Abs. 3 und 4, Art. 60 HRVO; His Art. 932 N 83 ff.

¹² Vgl. His Art. 940 N 75.

¹³ Dies gilt, weil Art. 942 OR nicht eine Vorschrift des Registerrechts, sondern eine Vorschrift des materiellen Zivilrechts darstellt. In jenen Fällen, in denen Art. 942 OR nicht ausreicht, kommt eine Haftung nach Art. 754 OR oder eventuell nach Art. 42 ff. OR in Frage. — Vgl. His Art. 942 N 2.

selben Schaden haftet ihm überdies noch die Gesellschaft aus Art. 55 Abs. 2 ZGB.

§ 3. Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen

Scheiden in einer Kollektivgesellschaft alle Teilhaber bis auf einen aus, so findet die Gesellschaft automatisch ihr Ende.¹ Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das gesellschaftliche Unternehmen vom übrig bleibenden letzten Gesellschafter übernommen werden kann.² In diesem Falle bleibt wohl das gesellschaftliche Unternehmen erhalten. Rechtlich liegt jedoch nicht mehr eine Kollektivgesellschaft, sondern eine Einzel-firma vor.³

Ganz anders liegen die Dinge bei der GmbH. Die GmbH weist als kapitalkörperschaftliches Gebilde eine wesentlich höhere Unabhängigkeit von der Persönlichkeit ihrer Mitglieder auf. Ihre formale Unantastbarkeit ist eine viel grössere.⁴ Zwar ist in den Gesetzesmaterialien die Behauptung zu finden, dass mit Art. 775 OR die Einmanngesellschaft abgelehnt sei.⁵ Diese Behauptung hält aber einer näheren Betrachtung nicht stand, wie dies von Egger eindeutig nachgewiesen wurde.⁶ Wohl sind zur Gründung mindestens zwei Gesellschafter erforderlich.⁷ Scheiden aber nachträglich alle Gesellschafter bis auf einen aus, so hat dies nicht automatisch das Ende der Gesellschaft zur Folge. Vielmehr ist zu deren Auflösung ein richterliches Urteil notwendig. Und dieses Urteil kann nur ausgesprochen werden, wenn ein entsprechendes Begehren eines Gesellschafters oder eines interessierten Gläubigers vorliegt und die Gesellschaft den gesetz-mässigen Zustand nicht binnen der vom Richter anzusetzenden Frist wieder hergestellt hat.⁸

¹ Vgl. Egger SJZ 29.

² Vgl. Art. 579 OR. — Ueber die Einzelheiten der Uebernahme des Geschäfts durch einen Kollektivgesellschafter vgl. die Arbeit von Hausherr.

³ Vgl. Siegwart Art. 579 N 4.

⁴ Vgl. Siegwart Einl. AG N 22; Janggen-Becker Art. 775 N 3; Fehr 26 f.

⁵ Vgl. Botschaft 71; StenBull NR 1934, 741.

⁶ Vgl. Egger SJZ 29 ff.

⁷ Vgl. Janggen-Becker Art. 775 N 1.

⁸ Zudem ist der Richter gemäss Art. 775 Abs. 2 OR nicht verpflichtet, die Auflösung auszusprechen. In der zitierten Gesetzesstelle steht zu lesen: ..., so kann der Richter... die Auflösung verfügen,... Der Richter kann also den Tatbestand auch bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen frei würdigen und hat dementsprechend die Auflösung nur dann zu verfügen, wenn dies die Interessenlage erfordert. — Vgl. Janggen-Becker Art. 775 N 6, 7. — Vgl. überdies zu dieser Art der richterlichen Auflösung der GmbH: Fehr 33 f.; Egger SJZ 29 f.

Daraus geht einmal hervor, dass jedenfalls der Handelsregisterführer die Eintragung eines Austritts oder Ausschlusses nicht mit der Begründung verweigern kann, die gesetzlich geforderte Mindestzahl von zwei Mitgliedern sei nicht mehr vorhanden. So lange kein richterliches Auflösungsurteil gemäss Art. 775 Abs. 2 OR vorliegt, muss der Handelsregisterführer das Ausscheiden im Handelsregister eintragen, auch wenn nur noch ein Gesellschafter übrig bleibt. Ist aber ein solches Urteil ergangen und rechtskräftig geworden, so hat der Handelsregisterführer lediglich die Auflösung einzutragen. Bezüglich der Eintragung des Ausscheidens kommt es darauf an, ob man ein Ausscheiden während des Liquidationsstadiums für erlaubt hält, was m. E. durchaus möglich ist.⁹

Aber auch der Richter darf in einem Verfahren auf Bewilligung des Austritts oder Ausschlusses aus wichtigen Gründen oder in einem Prozess über die Rechtsgültigkeit des vollzogenen statutarischen Austritts das Ausscheiden nicht deshalb verweigern, weil nachher nur noch ein Gesellschafter vorhanden wäre.¹⁰ Ja, diese Frage lässt sich überhaupt nicht mit dem Prozess über das Ausscheiden eines Gesellschafters verbinden. Denn erst nach der Urteilsfällung steht das Ausscheiden und damit der eventuelle ungesetzmässige Zustand fest. Steht aber das Ausscheiden erst nach dem rechtskräftigen Urteil fest, so kann auch ein Begehren auf Auflösung wegen Fehlens der gesetzlich geforderten Mindestzahl von Gesellschaftern erst nach diesem Zeitpunkt eingereicht werden.

Im übrigen wird ein Auflösungsbegehren aus diesem Grunde wohl nur sehr selten gestellt werden. Der «Einmannengesellschafter» selber wird als Petent kaum in Frage kommen. Aber auch die Gläubiger, zu denen auch der Ausgeschiedene als Gläubiger seines Abfindungsanspruches zu zählen ist, werden im Regelfalle kein grosses Interesse an der Auflösung haben. Sollte aber trotzdem einmal der Richter zur Auflösung der Gesellschaft angegangen werden, so ist es dem «Alleingesellschafter» ein Leichtes, der drohenden Vernichtung seiner «Gesellschaft» aus dem Wege zu gehen. Er hat die Möglichkeit, während der ihm vom Richter zu setzenden Frist, einen Dritten als Gesellschafter aufzunehmen und so den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen.¹¹ Diese Neuaufnahme eines

⁹ Über die Möglichkeit des Ausschlusses im Liquidationsstadium bei der offenen Handelsgesellschaft: vgl. Ritter 291 ff., 310 ff., der sie mit Argumenten befürwortet, die auch ohne weiteres auf Austritt und Ausschluss aus der GmbH übertragen werden können.

¹⁰ Vgl. BIZR 44, 236.

¹¹ Vgl. Egger SJZ 29.

Gesellschafter muss auch dann anerkannt werden, wenn sie nur aus rein formellen Gründen geschieht, d. h. auch wenn der in die Gesellschaft eingetretene Dritte lediglich als sog. Strohmann zu betrachten ist.

Damit zeigt sich, dass bei der GmbH im Unterschied zur Kollektivgesellschaft das Ausscheiden aller Gesellschafter bis auf einen praktisch wohl in allen Fällen des Austritts und Ausschlusses unanfechtbar ist. Andere Ueberlegungen würden wieder gelten, wenn durch den Austritt oder Ausschluss sämtliche Gesellschafter ausscheiden würden und die Gesellschaft überhaupt keine Mitglieder mehr aufweisen würde. Da diese Situation bei Ausscheiden durch Austritt oder Ausschluss nicht gut vorstellbar ist, sondern eher durch Uebertragung aller Gesellschaftsanteile auf die Gesellschaft herbeigeführt werden kann¹², wird auf dieses Problem nicht näher eingetreten.

¹² Zum Erwerb aller Gesellschaftsanteile durch die Gesellschaft vgl.: *Feine* 423 ff.; *Hachenburg* § 33 A 19.

III. Teil

Die Rechtsfolgen

1. KAPITEL

Die Folgen für den Ausgeschiedenen

§ 1. Die Folgen für den Ausgeschiedenen im allgemeinen

Die Wirkungen des Austritts und des Ausschlusses aus der GmbH sind grundsätzlich diejenigen des Ausscheidens im allgemeinen.¹ Bis zum massgebenden Zeitpunkt, dem Zeitpunkt des Beginns der Wirkungen im Innenverhältnis², bleibt die Mitgliedschaft in vollem Umfang aufrechterhalten. Das ausscheidende Mitglied behält also für die Dauer des ganzen Verfahrens seine Gesellschaftereigenschaft mit allen daraus fließenden Rechten und Pflichten.³ Vom Datum des Beginns der Wirkungen weg aber geht die Mitgliedschaft gesamthaft und in vollem Umfange unter. Der ausgeschiedene Gesellschafter verliert sowohl seine Zugehörigkeit⁴ zur Gesellschaft als auch alle seine Rechte und Pflichten⁵. An später gefasste Gesellschaftsbeschlüsse und nach seinem Ausscheiden ergangene Anordnungen der zuständigen Organe ist er nicht mehr gebunden. Er steht der Gesellschaft fortan nicht mehr als Zugehöriger, sondern als Dritter gegenüber. Seine Rechtsstellung der Gesellschaft gegenüber unterscheidet sich aber dadurch von derjenigen eines gewöhnlichen Dritten, dass die im beendigten Mitgliedschaftsverhältnisse wurzelnden

¹ Vgl. oben S. 23 ff.

² Für Austritt und Ausschluss aus wichtigen Gründen ist dies das Datum der Rechtskraft des Urteils, beim statutarischen Austritt der Tag des Empfangs der Austrittsklarung, sofern die Statuten nicht etwas anderes bestimmt haben.

³ Vgl. Weipert § 140 A 25. — Gewisse Beschränkungen in den Rechten und Pflichten können sich durch vorsorgliche Massnahmen des Richters oder durch den Entzug der Geschäftsführung ergeben.

⁴ Vgl. Brodmann § 21 A 5 a; Hachenburg § 21 A 24, 25; Weipert § 140 A 25; Feine 464.

⁵ Vgl. Brodmann § 21 A 5 a, § 33 A 2 a, § 34 A 3 c; Hachenburg § 21 A 24; Feine 391; Canner 108 ff.; Lecoultre 75 f.

Nachwirkungen der Mitgliedschaft in verschiedener Hinsicht eine Sonderbehandlung erfordern.

Soweit sind die Wirkungen des Ausscheidens durch Uebertragung des Gesellschaftsanteils und diejenigen des Ausscheidens gemäss Art. 822 OR durchaus dieselben. In bezug auf die Liquidation der einzelnen mitglied-schaftlichen Berechtigungen und Verpflichtungen ergeben sich jedoch gewisse Unterschiede zwischen diesen zwei Arten des Ausscheidens.

Die persönliche Seite der Mitgliedschaft zwar findet ihr Ende genau gleich wie bei einer rechtsgültig erfolgten Abtretung des Gesellschafts-anteils. Alle persönlichen Rechte und Pflichten, wie das Recht auf Teil-nahme an der Gesellschafterversammlung, das Stimmrecht, das Recht und die Pflicht auf Geschäftsführung, sowie eventuelle persönliche Rechte und Pflichten aus einem Nebenleistungsverhältnis finden mit dem Tage der Wirksamkeit im Innenverhältnis ihr Ende. Der Gesellschafter ist weder berechtigt noch verpflichtet, sie weiterhin auszuüben. Eine gewisse Schwierigkeit ergibt sich aber bezüglich des Untergangs des Konkurrenz-verbotes.⁶ Grundsätzlich geht das Konkurrenzverbot in genau gleicher Weise unter, wie jede andere persönliche Mitgliedschaftspflicht⁷, doch muss immerhin angenommen werden, dass das ausgeschiedene Mitglied eine allgemeine Schweigepflicht über die Angelegenheiten der Gesellschaft auch nach seinem Ausscheiden hat. Ob dagegen die Statuten bestimmen können, dass das Konkurrenzverbot auch nach Beendigung der Mitglied-schaft Geltung haben soll, ist bestritten.⁸ M. E. kann dies nicht möglich sein. Das Statut hat nicht Vertragscharakter, sondern ist als Verfassung einer Körperschaft zu betrachten. Tritt nun ein Mitglied aus, so ist es dieser Verfassung nicht mehr unterworfen, und ihre Bestimmungen sind demzufolge für den Ausgeschiedenen auch nicht mehr verbindlich. Ein die Mitgliedschaft überdauerndes Konkurrenzverbot muss deshalb, ähn-lich wie das ein Dienstverhältnis überdauernde Konkurrenzverbot⁹, durch eine besondere vertragliche Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern begründet werden.¹⁰ Dazu ist überall dort an-zuraten, wo die Gefahr besteht, dass der ausgeschiedene Gesellschafter

⁶ Vgl. über Wesen und Bedeutung des Konkurrenzverbotes: Janggen-Becker zu Art. 818 OR; Siegwart zu Art. 561 OR; sowie die Arbeit von Darms.

⁷ Vgl. Lecoultré 75; Darms 41 ff.; Canner 10 f.; Brodmann § 16 A 5 b.

⁸ Bejahend: Janggen-Becker Art. 818 N 1; Brodmann § 16 A 5 b. Ver-neinend: Darms 41 ff., 82.

⁹ Vgl. Art. 356 ff. OR; Darms 83 ff.

¹⁰ So auch Darms 83.

durch Ausnützung seiner im Laufe seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft erworbenen Kenntnisse und Einblicke in den Geschäftsbetrieb und den Kundenkreis der Gesellschaft wirtschaftlich Schaden zufügen kann.

Obwohl auch bezüglich der vermögensrechtlichen Seite das allgemeine Prinzip, dass die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten bis zum Tage der Wirksamkeit des Ausscheidens aufrechterhalten bleiben und nach diesem Tage erlöschen, prinzipiell Anwendung findet, ergeben sich verglichen mit den Wirkungen bei der Abtretung eines Gesellschaftsanteils wesentliche Unterschiede. Hier offenbart sich eben der grundsätzliche Unterschied zwischen den beiden Formen des Ausscheidens. Im Falle der Uebertragung des Gesellschaftsanteils zieht die Abtretung des vermögensrechtlichen Kerns der Mitgliedschaft den Verlust der gesamten mitgliedschaftlichen Stellung nach sich. Für den Wert seiner vermögensrechtlichen Beteiligung an der Gesellschaft wird der Ausscheidende durch den vom Erwerber seines Gesellschaftsanteils zu zahlenden Uebernahmepreis, dessen Höhe vom Veräußerer in freier Weise bestimmt werden kann, entschädigt. Das Vermögen der Gesellschaft jedoch wird durch diese Art des Ausscheidens in keiner Weise berührt. Die Gesellschaft nimmt lediglich an Stelle des Veräußerers des Gesellschaftsanteils dessen Erwerber als Gesellschafter auf. Ganz anders sind die Dinge bei Austritt und Ausschluss gelagert. Hier geht die Mitgliedschaft des ausscheidenden Gesellschafters in einem Rechtsakte unter, und damit verliert der Ausscheidende auch jegliche Berechtigung an seinem Gesellschaftsanteil ohne Rücksicht darauf, ob dieser von einem Dritten oder einem Mitgesellschafter übernommen wird.¹¹ Der ausgeschiedene Gesellschafter ist also in diesem Falle durch die Gesellschaft selber für den Verlust der vermögensrechtlichen Beteiligung zu entschädigen. Der ausgetretene oder ausgeschlossene Gesellschafter erwirbt somit im Gegensatz zu demjenigen, der sein Ausscheiden durch Abtretung seines Gesellschaftsanteils herbeigeführt hat, einen Anspruch auf Abfindung durch die Gesellschaft.

Im übrigen gilt, wie schon bemerkt, für den Untergang der einzelnen finanziellen Berechtigungen und Verpflichtungen das allgemeine Prinzip. Der Ausgeschiedene bleibt Schuldner aller im Zeitpunkt seines Ausscheidens rückständigen¹² Leistungen.¹³ Deshalb muss er für bereits be-

¹¹ Vgl. unten S. 119, 121 f.

¹² Rückständig ist eine Leistung, wenn sie fällig und nicht bewirkt ist. Nicht notwendig für die Rückständigkeit ist der Verzug. — Vgl. Hachenburg § 16 A 22; Brodmann § 16 A 5a; Canner 103.

¹³ Vgl. Brodmann § 21 A 5a, § 33 A 2a, § 34 A 3c; Feine 393; Hachenburg § 34 A 19; Canner 103, 109.

schlossene und eingeforderte Nachschüsse und Leistungen auf die Stammeinlage, sowie bereits fällige Schulden aus Nebenleistungspflichten auch nach seinem Ausscheiden noch aufkommen. Für später fällige Ansprüche der Gesellschaft jedoch kann er nicht mehr in Anspruch genommen werden.¹⁴ Vermögensrechtliche Ansprüche stehen ihm so weit zu, als sie vor seinem Ausscheiden zu reinen Gläubigerrechten, also fällig geworden sind.¹⁵ Dies trifft insbesondere für schon beschlossene und zu Recht bestehende Gewinnanteile, aber auch für fällige Ansprüche aus einem Nebenleistungsverhältnis zu. Selbst noch nicht fällige Ansprüche aus einem Nebenleistungsverhältnis können dem Ausgeschiedenen nicht entzogen werden, sofern sie den Charakter einer Gegenleistung für schon erfüllte oder noch zu erfüllende Nebenleistungspflichten haben.¹⁶

Neben der Mitgliedschaft einhergehende Rechtsverhältnisse¹⁷ zwischen dem Ausgeschiedenen und der Gesellschaft werden durch das Ausscheiden nicht berührt.¹⁸ Deshalb bleibt ein ausgeschiedener Gesellschafter, dem die Geschäftsführung nicht kraft Mitgliedschaft, sondern aus einem irgendwie gearteten Auftrags- oder Dienstverhältnis mit der Gesellschaft zustand, so lange zur Besorgung der Gesellschaftsangelegenheiten und zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet, als dieses Rechtsverhältnis nicht aufgelöst ist.

Wie bei jeder andern Mitgliedschaftsbeendigung zeigen sich auch bei der Beendigung der GmbH-Mitgliedschaft die verschiedenartigsten Nachwirkungen, die selbstverständlich nicht alle zur Darstellung gelangen können, umsoweniger, als sie sich im allgemeinen nicht von denjenigen unterscheiden, die bei der Abtretung des Gesellschaftsanteils auftreten. Deshalb beschäftigen sich die folgenden Paragraphen nur noch mit jenen Nachwirkungen der beendigten Mitgliedschaft, die als Besonderheiten des Austritts und des Ausschlusses zu werten sind. Unter diesen erfordert in erster Linie das Recht des Ausgeschiedenen auf Abfindung durch die Gesellschaft eine spezielle Würdigung. Dann ergeben sich aber auch im

¹⁴ Vgl. Canner 104; Hachenburg § 16 A 25, § 21 A 24.

¹⁵ Vgl. Brodmann § 16 A 5a; Feine 395; Canner 108 f. a. A. Hachenburg § 16 A 14.

¹⁶ Vgl. über die besonderen Schwierigkeiten, die sich bei lang dauernden Nebenleistungspflichten ergeben: Feine 394.

¹⁷ Es kann sich sowohl um Vertragsverhältnisse, wie auch um Ansprüche aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung handeln.

¹⁸ Vgl. Brodmann § 21 A 5a.

Zusammenhang mit der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters Probleme, die nur dem Ausscheiden durch Austritt oder Ausschluss eigentümlich sind.

§ 2. Der Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters

Die Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters ist, wie so manche andere im Zusammenhang mit Austritt und Ausschluss aus der GmbH stehende bedeutsame Frage, vom OR leider nur äusserst dürftig geordnet worden. Im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft¹ und der Genossenschaft², wo die Abfindung eine ausdrückliche Regelung gefunden hat, fehlt im Recht der GmbH eine diesbezügliche positive Gesetzesnorm. Art. 822 Abs. 4 OR befasst sich mit den von der Gesellschaft zu befolgenden Methoden der Abfindung, nicht aber mit dem Abfindungsanspruch selber. Da aber eine Vorschrift über die Methoden der Abfindung offenbar nur dann einen Sinn haben kann, wenn das Gesetz einen Abfindungsanspruch anerkennt und zudem die Gesetzesmaterialien eine solche Auffassung nahelegen³, muss Abs. 4 des Art. 822 OR als gesetzliche Anerkennung eines Abfindungsanspruches betrachtet werden. Mit dieser grundsätzlichen Anerkennung sind aber die gesetzlichen Bestimmungen über die Abfindung schon erschöpft. Es ist also die Aufgabe von Wissenschaft und Praxis, diese empfindliche Gesetzeslücke zu schliessen. Dabei wird man am besten in der Weise vorgehen, dass man in erster Linie im Recht der GmbH nach Bestimmungen sucht, an die man sich zur Lösung der vom Gesetz offen gelassenen Fragen anlehnen könnte. Ueberall dort, wo dies nicht möglich ist, sind die Bestimmungen anderer Vereinigungen sinngemäss herbeizuziehen, insbesondere diejenigen über die Abfindung des Kollektivgesellschafters, bis zu einem gewissen Grade aber auch diejenigen über die Abfindung ausgeschiedener Genossenschafter.

Die Lösung der ersten ungelösten Frage, nämlich derjenigen nach der Höhe und Berechnung des Abfindungsguthabens lässt sich ohne weitere Schwierigkeiten aus dem Recht der GmbH selber gewinnen. Das Gesetz stellt in allen andern Fällen, wo der Wert des Gesellschaftsanteils zu berechnen ist, also beim Erwerb des Gesellschaftsanteils aus Erbgang oder

¹ Art. 580 OR.

² Art. 864/65 OR.

³ Vgl. Prot. Exp. 532, 945 f.; Botschaft 79; StenBull StR 1931, 639 f.

kraft ehelichen Güterrechts⁴, bei der Kaduzierung⁵ und bei Ausschluss eines Gesellschafters wegen Zwangsvollstreckung in seinen Gesellschaftsanteil⁶, ausdrücklich auf den sog. wirklichen Wert des Gesellschaftsanteils ab. Diese Regelung lässt sich nun ohne weiteres auf die Abfindung der gemäss Art. 822 OR ausgeschiedenen Gesellschafter übertragen. Ueberdies ist auch aus Gründen der Logik und der Gerechtigkeit anzunehmen, dass der Gesellschafter bei Schweigen des Gesetzes mit dem tatsächlichen, also dem wirklichen Wert seiner vermögensrechtlichen Beteiligung an dem gesellschaftlichen Unternehmen abgefunden werden muss. Somit darf wohl behauptet werden, dass Art. 822 nicht nur die grundsätzliche Anerkennung eines Abfindungsanspruches, sondern unausgesprochen auch die Vorschrift enthält, dass ausscheidende Gesellschafter von Gesetzes wegen mit dem wirklichen Wert ihres Gesellschaftsanteils zu entschädigen sind.⁷

Auf die Art und Weise der Berechnung des wirklichen oder wahren Werts einer Beteiligung an einem Unternehmen kann in dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Es sei deshalb für diese Fragen auf Spezialarbeiten⁸ und besonders auch auf die Kommentare⁹ verwiesen. Immerhin muss festgestellt werden, dass der wirkliche Wert immer nur auf Grund einer besonderen Abfindungsbilanz, in der die Aktiven und die Passiven zu dem Wert eingestellt werden, den sie im Zeitpunkt des Ausscheidens für die weiterbestehende Gesellschaft hatten¹⁰, und in der alle Reserven, also die gesetzlichen, die statutarischen und auch die stillen Reserven, wie letzten Endes der sog. «ideelle Geschäftswert» oder «good will»¹¹ berücksichtigt werden, errechnet werden kann.¹² Nicht den wirklichen Wert ergibt dagegen eine Berechnung auf Grund einer sog. Liquidationsbilanz¹³, die die Aktiven zu ihrem Versilberungswert¹⁴ einstellt

⁴ Art. 792 Abs. 2 OR.

⁵ Art. 800 Abs. 1 OR.

⁶ Art. 794 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

⁷ So auch Janggen-Becker Art. 822 N 3, N 6; Arnold 91 f.

⁸ Vgl. Moser 37 ff.; Hausherr 97 ff.

⁹ Vgl. Siegwart Art. 580 N 1 ff.; Düringer-Hachenburg § 138 A 10 ff.; Weipert § 138 A 25 ff.; Staub-Pinner, Anhang zu § 141 A 5.

¹⁰ Vgl. Siegwart Art. 580 N 19; Staub-Pinner, Anhang zu § 141 A 5; Düringer-Hachenburg § 138 A 10.

¹¹ Vgl. zum Begriff des «good will»: Siegwart Art. 580 N 7; Wieland I 246 ff.; Düringer-Hachenburg § 138 A 11; Moser 38.

¹² So auch Moser 38 f., 69. Unrichtig: Arnold 92.

¹³ Vgl. zum Begriff der Liquidationsbilanz: Siegwart Art. 580 N 11.

¹⁴ Vgl. Düringer-Hachenburg § 138 A 10; Staub-Pinner, Anhang zu § 141 A 5.

und nur die veräusserlichen Werte berücksichtigt. Die Abfindungssumme darf somit nicht auf Grund einer Liquidationsbilanz errechnet werden, auch dann nicht, wenn bei einem erfolgten Ausschluss das Verschulden¹⁵ des ausgeschlossenen Gesellschafters berücksichtigt werden muss¹⁶. Dem Verschulden kann auf korrektere Weise Rechnung getragen werden als durch Berechnung der Abfindung auf Grund einer Liquidationsbilanz. Wenn nämlich der Gesellschaft durch das verschuldete Ausscheiden Schaden entstanden ist, so steht ihr immer die Möglichkeit offen, ihren Schadenersatzanspruch, der ja zumeist ziffernmässig feststellbar sein wird, mit dem Abfindungsanspruch des Ausgeschlossenen zu verrechnen. Praktisch gesehen heisst dies nichts anderes, als dass die Gesellschaft den durch den verschuldeten Ausschluss entstandenen Schaden von der dem Gesellschafter nach Gesetz oder Statut zustehenden Abfindungssumme in Abzug bringen kann¹⁷, womit der Berücksichtigung des Verschuldens in richtigerer und klarerer Weise Genüge getan ist, als durch Berechnung der Abfindung auf Grund einer Liquidationsbilanz.¹⁸

Steht somit fest, dass sowohl der ausgetretene als auch der ausgeschlossene Gesellschafter von Gesetzes wegen Anspruch auf Abfindung mit dem wirklichen Wert ihres Gesellschaftsanteils haben, so bleibt immer noch zu untersuchen, wie weit die Statuten eine von diesem Grundsatz abweichende Regelung treffen können. Für den statutarischen Austritt ist dieses Problem schon in einem anderen Zusammenhang behandelt worden¹⁹, weshalb an dieser Stelle nicht mehr darauf zurückzukommen ist. Es sei lediglich noch einmal festgehalten, dass die Statuten im Falle des statutarischen Austritts in bezug auf die Regelung der Abfindung völlige Freiheit haben, ja den Abfindungsanspruch sogar gänzlich beseitigen können. Fraglich ist somit nur noch, wie die gleichen Probleme bei Austritt und Ausschluss aus wichtigen Gründen zu lösen sind.

Zwar wäre es naheliegend, zu diesem Zwecke einfach die für die Abfindung des ausgeschiedenen Kollektivgesellschafters geltenden Grund-

¹⁵ Ein verschuldetes Ausscheiden ist normalerweise nur im Falle des Ausschlusses möglich, denn ein rechtmässig erfolgter statutarischer Austritt kann nie verschuldet sein und bei Austritt aus wichtigen Gründen ist Berufung auf einen selbstverschuldeten wichtigen Grund unstatthaft.

¹⁶ Wie dies Siegwart Art. 580 N 20 und im Anschluss an Siegwart auch Arnold 94 f. meint.

¹⁷ Im Falle der Festsetzung durch den Richter wird die Abfindungssumme vom Richter ganz einfach um die von ihm errechneten Schadenersatzbeträge gekürzt.

¹⁸ So auch Moser 69 f.

¹⁹ Vgl. oben S. 60 ff.

sätze heranzuziehen, wie dies denn auch Arnold²⁰ getan hat. Allein, ein solches Vorgehen ist m. E. nicht haltbar, weil es die Dinge zu sehr vereinfacht und nicht auf die tatsächlichen Gegebenheiten Rücksicht nimmt. Auch hier muss einmal mehr wieder in erster Linie auf die einzelnen Typen der GmbH abgestellt werden.

Bei GmbH von personengesellschaftlichem Typus, der ja bei den in der Schweiz existierenden GmbH weitaus vorherrscht, ist eine Uebertragung der für die Abfindung ausgeschiedener Kollektivgesellschaftler geltenden Grundsätze durchaus am Platze und unbedenklich. In solchen Gesellschaften müssen demnach alle jene statutarischen Bestimmungen über die Abfindung unerlaubt sein, die eine indirekte Beschränkung des von Gesetzes wegen unentziehbaren Rechtes des Gesellschafters auf Austritt aus wichtigen Gründen in sich schliessen.²¹ Im allgemeinen werden deshalb nur solche Bestimmungen erlaubt sein, die eine technische Vereinfachung der Berechnung des wirklichen Wertes zum Inhalt haben. Statutarische Vorschriften jedoch, die den Anspruch auf Entschädigung mit dem wirklichen Wert in wesentlicher Weise verkürzen, müssen als unstatthaft betrachtet werden. Dasselbe wie für den Austritt gilt auch für den Ausschluss.²² Denn das Gesetz will den ausgeschlossenen Gesellschafter nicht schlechter stellen als den Ausgetretenen, was sich deutlich daraus ergibt, dass es in Art. 822 Abs. 4 OR keinen Unterschied zwischen Austritt und Ausschluss macht, sondern alle Fälle des Ausscheidens in genau gleicher Weise behandelt.²³

Entspricht die Uebertragung der kollektivgesellschaftlichen Regeln auf personengesellschaftliche GmbH den tatsächlichen Gegebenheiten, so kann das Gleiche nicht von GmbH mit stark kapitalistischem Einschlag behauptet werden. Da in solchen Gesellschaften der Gesellschafter seine Mitgliedschaft nicht wegen der persönlichen Mitarbeit im gesellschaftlichen Unternehmen sondern hauptsächlich nur zwecks Nutzbarmachung seines der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Kapitals erwirbt, müssen zweckmässiger Weise auch weitergehende Beschränkungen des gesetzlichen Abfindungsanspruches gestattet werden. Statutenbestimmungen, die dem Ausgeschiedenen weniger als den Nennwert seiner Stammeinlage zukommen lassen wollen, sind aber m. E. auch in diesem Falle als unzulässig zu betrachten.

²⁰ Vgl. Arnold 91 ff.

²¹ Vgl. Düringer-Hachenburg § 138 A 7; Moser 44 ff.

²² a. A. Moser 44, Fussnote 78.

²³ Vgl. Prot. Exp. 945 f.; Janggen-Becker Art. 822 N 6.

Der personalkörperschaftlichen GmbH endlich muss m. E., gleich wie den Genossenschaften, völlige Freiheit in bezug auf die Regelung der Abfindung gelassen werden. Dies gilt ganz besonders für Kartelle, bei denen ja zumeist die Kapitalbeteiligung nur von ganz untergeordneter Bedeutung ist. Zum Unterschied vom Genossenschaftsrecht, das eine gesetzliche Präsomption der Nicht-Abfindung und der Nicht-Rückzahlung der Kapitaleinlage kennt²⁴, muss aber der ausgeschiedene Gesellschafter einer GmbH in allen jenen Fällen, wo die Statuten keine Bestimmungen über die Abfindung enthalten, mit dem wirklichen Wert seines Gesellschaftsanteils abgefunden werden. Denn Art. 822 Abs. 4 OR hat auch für solche Gesellschaften Geltung, nur muss angenommen werden, dass es ihnen freisteht, den gesetzlichen Anspruch auf Abfindung zu beseitigen oder beliebig einzuschränken.

Die endgültige Feststellung des Abfindungsbetrages erfolgt in allen Fällen, also ohne Rücksicht darauf, ob die Statuten Bestimmungen über die Abfindung enthalten oder nicht, durch vertragliche Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem ausgeschiedenen Gesellschafter²⁵, d. h. Art. 580 Abs. 1 OR findet entsprechende Anwendung. Dass der Gesellschafter dabei auf den ihm gesetzlich oder statutarisch zukommenden Betrag verzichten und sich mit einer geringeren Abfindung zufrieden geben kann, ist selbstverständlich und ergibt sich ohne weiteres aus der unbeschränkten Privatautonomie der Parteien. Zur Sicherung seiner Interessen, d. h. um zu verhüten, dass er von der Gesellschaft unberechtigterweise in seinen Ansprüchen verkürzt wird, ist ihm jedoch auch nach erfolgtem Ausscheiden ein Recht auf Einsicht in die Angelegenheiten der Gesellschaft zu gewähren.²⁶ Dieses Informationsrecht, das genau gleich wie die Abfindung selber als Nachwirkung der zu Ende gegangenen Mitgliedschaft zu bezeichnen ist, besteht, entsprechend seinem Zweck, nur bezüglich der vor dem Ausscheiden vorgekommenen Angelegenheiten und nur so lange, als der Abfindungsbetrag noch nicht rechtskräftig festgesetzt oder ausbezahlt ist.²⁷

Können sich die Parteien über die Höhe der Abfindungssumme nicht einigen, oder zögert die Gesellschaft ungebührlich lange mit deren Festsetzung, so kann m. E. Art. 580 Abs. 2 OR analoge Anwendung finden.

²⁴ Art. 864 Abs. 1 und 2, Art. 865 Abs. 1 OR. — Vgl. Hensel 130 ff.; Winkler 221; Hager 54 ff.

²⁵ Vgl. BGE 24 II 184; BIZR 32, 93; Moser 23, 70.

²⁶ Vgl. Moser 59 ff.

²⁷ Vgl. Siegwart Art. 541 N 3; 576 N 4, 590 N 2; Moser 62.

Der Betrag der Abfindung wird also in einem solchen Falle auf Begehren der einen oder andern Partei durch den Richter festgesetzt.²⁸ Der Richter hat dabei nicht nur die gesetzliche Ordnung, sondern auch eine eventuelle statutarische Regelung der Abfindung zu berücksichtigen. Immerhin wird er bei Vorliegen einer statutarischen Ordnung der Abfindung zunächst die Rechtmässigkeit der bezüglichen statutarischen Bestimmungen überprüfen müssen und erst dann die Berechnung der Abfindung auf statutarischer Grundlage vornehmen können.

Da der ausgeschiedene Gesellschafter mit der Rechtskraft seines Ausscheidens seine Mitgliedsqualität verloren hat, ist sein Anspruch auf Abfindung grundsätzlich als gewöhnliche Drittmannsforderung zu betrachten.²⁹ Bei der GmbH stellt sich aber nicht wie bei der Kollektivgesellschaft die Frage, ob die Gesellschaft selber oder die einzelnen in der Gesellschaft bleibenden Gesellschafter Schuldner dieser Forderung seien. Schuldnerin kann nur die Gesellschaft selber sein, da die GmbH als juristische Person allein aus allen ihren Rechtsbeziehungen sowohl mit Dritten als auch mit ihren eigenen Mitgliedern berechtigt und verpflichtet wird. Dem besonderen Charakter der Abfindung als Nachwirkung einer beendigten Mitgliedschaft muss in verschiedener Hinsicht Rechnung getragen werden. So stellt sich unter anderem die Frage, ob der Abfindungsanspruch im Gesellschaftskonkurs geltend gemacht werden könne oder nicht. Zwei Meinungen stehen sich zu diesem Problem schroff gegenüber. Während die eine Ansicht eine uneingeschränkte Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs befürwortet, lehnt sie die andere ebenso konsequent ab.³⁰ Für die Abfindung ausscheidender Kollektivgesellschafts- und Genossenschaftsmitglieder scheint mir die zweite Auffassung durchaus die richtige zu sein, weil das Gesetz in diesen Fällen keine besondere Vorsorge für die Interessen der Gläubiger getroffen hat. Anders jedoch bei der GmbH. Da Art. 322 Abs. 4 OR die Auszahlung der Abfindung aus dem Vermögen der Gesellschaft nur dann gestattet, wenn zuvor eine Kapitalherabsetzung stattgefunden hat oder die Gesellschaft über ein genügendes Vermögen über das Stammkapital hinaus verfügt, ist eine Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs unbedenklich. Durch diese Vorschrift sind die Interessen der Gesellschaftsgläubiger hinreichend geschützt, und ein weiteres Festhalten am Verbot der Geltendmachung im Konkurs ist nicht mehr berechtigt.

²⁸ So auch Arnold 93.

²⁹ Vgl. Hensel 141; Winkler 226; Moser 25.

³⁰ Vgl. oben S. 24, Fussnote 4.

Im Gegensatz zur Kollektivgesellschaft³¹ kommt eine Teilnahme am Verlust durch den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht in Frage. Das Risiko des GmbH-Gesellschafters beschränkt sich genau wie dasjenige des Aktionärs auf den völligen Verlust seiner Kapitaleinlage. Darüber hinaus ist er zu einer Verlusttragung, abgesehen von seiner persönlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, nicht verpflichtet.

Genau gleich wie die Abfindungsforderung des Kollektivgesellschafters und des Genossenschafters entsteht der Abfindungsanspruch des GmbH-Gesellschafters mit seinem Ausscheiden.³² Von der Entstehung der Forderung ist aber deren Fälligkeit zu unterscheiden. Fällig werden kann die Abfindung frühestens dann, wenn sie ziffernmässig feststeht, also grundsätzlich erst mit rechtskräftiger Festsetzung der Abfindungssumme.³³ Dieser Grundsatz ist bei der Kollektivgesellschaft und der Genossenschaft ohne weiteres anwendbar, da in jenen Fällen bei der Auszahlung keine besonderen, die Interessen der Gläubiger sichernde Vorschriften einzuhalten sind. Bei der GmbH jedoch kann die Fälligkeit der Abfindung im Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung der Abfindungssumme nur in jenem Falle angenommen werden, wo sie aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft ausbezahlt werden kann.³⁴ Ist jedoch eine Kapitalherabsetzung notwendig, so kann die Fälligkeit der Abfindungsforderung erst mit der Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister entstehen.³⁵ Gelingt es der Gesellschaft, den Gesellschaftsanteil des Ausgeschiedenen zwecks Abfindung an einen Dritten oder einen in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter zu veräussern³⁶, so tritt die Fälligkeit der Abfindung frühestens mit der Fälligkeit des durch den Dritten oder den Mitgesellschafter zu leistenden Uebnahmepreises ein.

§ 3. Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters

Das Haftungssystem der schweizerischen GmbH ist ein durchaus eigenartiges, das sich wesentlich von den Haftungssystemen, die für die GmbH

³¹ Vgl. Siegwart Art. 580 N 23.

³² Vgl. Hensel 141.

³³ Vgl. Siegwart Art. 580 N 27; Düringer-Hachenburg § 138 A 14 b; Hausherr 116; Moser 71.

³⁴ Vgl. unten S. 126 ff.

³⁵ Vgl. unten S. 129 ff.

³⁶ Vgl. unten S. 122 ff.

im Ausland Anwendung gefunden haben, unterscheidet.^{1, 2} Seine Besonderheit besteht darin, dass es die dem Aktienrecht eigentümliche, gegenständig beschränkte Haftung³, mit einer beschränkt-persönlichen Haftung⁴ der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern verbindet. Das Haftungssystem, insbesondere die externe Haftung der Gesellschafter, wird gerne als das Kernstück der Regelung der GmbH bezeichnet⁵ und ist dementsprechend auch schon in verschiedenen Spezialarbeiten gewürdigt⁶ oder in anderen Arbeiten eingehend behandelt worden.⁷ Eine Beschränkung auf die bei Austritt und Ausschluss geltenden Besonderheiten erscheint deshalb angebracht. Dabei ist es zweckmässig von der vom Gesetz vorgezeichneten und von allen Autoren vorgenommenen Unterscheidung zwischen einem Haftungsinnenverhältnis und einem Haftungsaussenverhältnis auszugehen.

Die Haftung im Innenverhältnis bedeutet nichts anderes als ein Einstehenmüssen für die Erfüllung einer gesellschaftlichen Pflicht, der Pflicht zur Deckung der Stammeinlage. Sie ist also eine eigentliche Haftung im Sinne eines Einstehenmüssens für eine eigene Schuld. Für den Ausgeschiedenen ergeben sich im Haftungsinnenverhältnis im Vergleich zum Ausscheiden durch Abtretung des Gesellschaftsanteils grundsätzlich keine Abweichungen. Der ausgetretene oder ausgeschlossene Gesellschafter hat genau gleich wie der Gesellschafter, der seinen Gesellschaftsanteil rechtsgültig abgetreten hat, für die zur Zeit seines Ausscheidens rückständigen, d. h. also fälligen Leistungen auf seine Stammeinlage einzustehen. Als Sanktionen für die Nichterfüllung rückständiger Kapitaldeckungspflichten können auch gegenüber einem Ausgeschiedenen die in Art. 799 Abs. 1 OR umschriebenen zur Anwendung kommen.⁸ Eine Kaduzierung dagegen

¹ Ueber die Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung im allgemeinen: vgl. z. B. Burckhardt L. 9 ff.

² Zusammenstellungen der im Ausland angewandten Haftungssysteme finden sich z. B. bei Kaufmann 47 ff. und Schoch 22 ff.

³ Vgl. zum Begriff der gegenständig beschränkten Haftung: Kaufmann 42 ff.; Fanconi 12 ff.; Burckhardt L. 35 ff.

⁴ Vgl. zum Begriff der beschränkt-persönlichen Haftung: Kaufmann 41; Schoch 20 ff.; Fanconi 10 f.

⁵ Vgl. Gelzer 73; Scherrer 105.

⁶ Vgl. die Arbeiten von Burckhardt L., Fanconi, Kaufmann, Müller E., Gysin Festschrift.

⁷ Vgl. Egger SJZ 35 ff.; Schwarzenbach 42 ff.; Neuenschwander 10 ff., 34 ff.

⁸ Insbesondere muss es auch erlaubt sein, eine in den Statuten vorgesehene Konventionalstrafe einzufordern. Dagegen kann die Gesellschaft nicht gemäss Art. 801 OR auf die Vormänner des Ausgeschiedenen zurückgreifen, weil die Inanspruchnahme der Rechtsvorgänger eine durchgeführte Kaduzierung und die Ver-

ist mit erfolgtem Ausscheiden unmöglich geworden, denn einem Mitglied dessen Mitgliedschaft schon beendet ist, kann die Mitgliedschaft nicht nochmals entzogen werden.⁹ Eine Kaduzierung hätte überdies schon deshalb keinen Sinn, weil ja der Gesellschaftsanteil des Ausgeschiedenen mit dem Zeitpunkt der Wirksamkeit des Ausscheidens im Innenverhältnis auf die Gesellschaft übergegangen und von dieser unter Umständen schon weiter veräussert oder gar amortisiert worden ist.

Im Gegensatz zum Ausscheiden durch Abtretung des Gesellschaftsanteils muss der gemäss Art. 322 OR ausgeschiedene Gesellschafter nicht damit rechnen, später als Rechtsvorgänger eines eventuellen Uebernehmers seines Gesellschaftsanteils für Ausfälle auf die Stammeinlage in Anspruch genommen zu werden.¹⁰ Der Ausgetretene oder ausgeschlossene Gesellschafter ist nicht Rechtsvorgänger im Sinne des Art. 801 OR. Mit seinem Ausscheiden ist seine Mitgliedschaft untergegangen, und ein eventueller Erwerber seines Gesellschaftsanteils ist nicht sein Rechtsnachfolger, sondern begründet durch den Erwerb des aus der beendigten Mitgliedschaft aus rechtskonstruktiven Gründen übrig gebliebenen Gesellschaftsanteils eine neue, von der zu Ende gegangenen unabhängige Mitgliedschaft.¹¹ Im übrigen entspricht die Ablehnung der Rechtsvorgängerhaftung auch einem Gebot der Gerechtigkeit. Denn, es liesse sich kaum rechtfertigen, den ausgetretenen oder ausgeschlossenen Gesellschafter als Rechtsvorgänger eines Nachmannes haften zu lassen, auf dessen Auswahl er in keiner Weise Einfluss nehmen konnte.

Bezüglich der persönlichen Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters¹², die ihrem Wesen nach weder eine Haftung für eigene Schuld¹³, noch eine bürgschaftsähnliche Verpflichtung oder eine Verpflichtung zu Gunsten Dritter¹⁴, sondern eine von Gesetzes wegen mit der Entstehung

wertung des Gesellschaftsanteils des kaduzierten Gesellschafters voraussetzt. — Vgl. Kaufmann 154.

⁹ Vgl. Egger Art. 72 N 3; Heinsheimer 66; Winkler 187; Frey 71.
¹⁰ So auch Hachenburg ZSR 366, Hachenburg § 23 A 15; Kaufmann 151; Gelzer 58. a.A. Müller P. 52.

¹¹ Vgl. zu diesen Problemen unten S. 121 f., 125 f.

¹² Es ist allgemein anerkannt, dass der in Art. 802 Abs. 1 OR enthaltene Verweis auf die Bestimmungen der Kollektivgesellschaft auch das Weiterdauern der externen Haftung des ausgeschiedenen GmbH-Gesellschafters begründet. — Vgl. Janggen-Becker Art. 802 N 18; Schoch 77; Gysin Festschrift 189; Müller E. 71; Hachenburg ZSR 351. Unrichtig: Hachenburg ZBH 61; Carry ZSR 162 ff.; Neuenschwander 40.

¹³ So Kaufmann 59 ff.

¹⁴ Vgl. Ab Yberg 48 ff.; Bircher 20 ff.

der Mitgliedschaft entstehende Pflicht¹⁵ ist, ergeben sich gar keine Unterschiede verglichen mit dem gewöhnlichen Ausscheiden durch Uebertragung des Gesellschaftsanteils. Der Ausgeschiedene haftet entsprechend dem in Art. 802 Abs. 1 OR enthaltenen Verweis auf die Kollektivgesellschaft für alle Schulden der Gesellschaft, die vor seinem Ausscheiden zur Entstehung gelangt sind.¹⁶ Der Maximalbetrag seiner Haftung bestimmt sich nach dem Zustand des Stammkapitals im Zeitpunkt seines Ausscheidens.¹⁷ Später eintretende Veränderungen am Stammkapital wirken nur zu seinen Gunsten, nicht aber zu seinen Ungunsten.¹⁸ Deshalb kann er sich gegenüber einem Gläubiger, der ihn aus seiner weiterdauernden Haftung in Anspruch nehmen will, darauf berufen, dass nach seinem Ausscheiden weitere Einzahlungen auf das Stammkapital vorgenommen worden seien. Der Gläubiger hingegen kann ihm später vorgenommene unrechtmässige Verminderungen des Stammkapitals nicht entgegenhalten, denn es ginge nicht wohl an, den Ausgeschiedenen für Auskehrungen des Stammkapitals haften zu lassen, auf deren Vornahme er in keiner Weise Einfluss nehmen konnte. Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern verjährt wie diejenige des Kollektivgesellschafters innert fünf Jahren nach erfolgtem Ausscheiden.¹⁹ Massgebender Zeitpunkt für den Beginn der Haftungsverjährung ist nicht wie für die Bestimmung der maximalen Haftungssumme und die Bestimmung der Schulden, für die der Ausgeschiedene einzustehen hat, der Tag der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister, sondern das Datum der Publikation des Ausscheidens im schweizerischen Handelsamtsblatt.²⁰

Auf weitere Einzelheiten, insbesondere die Geltendmachung der Haftung durch die Gesellschaftsgläubiger und die Regressforderungen des Ausgeschiedenen gegenüber den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern bei Inanspruchnahme aus seiner externen Haftung, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingetreten werden. Für alle weiteren Probleme muss deshalb auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen werden.²¹

¹⁵ Vgl. Ab Yberg 55, 59.

¹⁶ Vgl. Kaufmann 145 f.; Arnold 105; Siegwart Art. 576 N 5; Breitenbach 20 ff.

¹⁷ Vgl. Kaufmann 146, Arnold 105 f.

¹⁸ Vgl. Kaufmann 146, Arnold 106.

¹⁹ Vgl. Kaufmann 146 ff.; Breitenbach 73 ff.; Siegwart Art. 591/93 N 8 ff. — Zu vergleichen ist ferner die Arbeit von Mangold, die sich ausschliesslich mit dem Problem der Verjährung der Haftung des Kollektivgesellschafters beschäftigt.

²⁰ Art. 591 Abs. 1 OR.

²¹ Vgl. etwa die in Fussnote 6 dieses Paragraphen zitierten Autoren.

2. KAPITEL

Die Folgen für die Gesellschaft

§ 1. Die Folgen für die Gesellschaft im allgemeinen

Vom Standpunkt der Gesellschaft aus gesehen sind die Folgen des Ausscheidens gemäss Art. 822 OR grundsätzlich dieselben wie bei Austritt oder Ausschluss aus einer Personalkörperschaft oder bei Ausscheiden aus einer Personengesellschaft. Sämtliche mitgliedschaftliche Beziehungen zwischen der Gesellschaft und dem Ausgeschiedenen gehen unter, die vermögensrechtlichen eingeschlossen. Die Gesellschaft verliert eines ihrer Mitglieder, ohne dass an seiner Stelle ein neuer Gesellschafter aufgenommen oder wenigstens sein Gesellschaftsanteil in der Gestalt eines Mitgesellschafters einen neuen Besitzer erhalten würde.

Im Gegensatz zu den Personalvereinigungen ergeben sich aber bei der GmbH einige Komplikationen bezüglich der endgültigen Liquidation der vermögensrechtlichen Seite der zu Ende gegangenen Mitgliedschaft. Weil die GmbH doch alle wesentlichen Eigenschaften einer Kapitalvereinigung aufweist, darf im Interesse der Gläubiger weder eine Abfindung aus dem Vermögen der Gesellschaft ausbezahlt, noch das Stammkapital um den Betrag der Stammeinlage des Ausgeschiedenen vermindert werden, so lange nicht das in Art. 788 in Verb. mit Art. 732 OR geregelte Verfahren zur Herabsetzung des Stammkapitals durchgeführt worden ist. Umgekehrt liegt es aber im dringenden Interesse des Ausgeschiedenen, dass eine Abfindung möglichst ungehindert vorgenommen werden kann, wenn der Austritt nicht praktisch wertlos oder der Ausschluss nicht ungerecht und unbillig werden soll.¹ Die Gesellschaft ihrerseits hat, wenn sie schon zur Abfindung der ausgeschiedenen Gesellschafter verpflichtet ist, ein Interesse daran, das Stammkapital um den Betrag der Stammeinlage des Ausgeschiedenen herabsetzen zu können. Bei Austritt und Ausschluss aus einer GmbH stehen sich also nicht nur die Interessen der Gesellschaft und des ausscheidenden Gesellschafters gegenüber, wie dies allgemein bei jeder Art des Ausscheidens der Fall ist. Es entsteht vielmehr überdies noch ein ausgesprochener Konflikt zwischen den Interessen der Gesellschaft und der ausgeschiedenen Gesellschafter einerseits und den Inter-

¹ Vgl. oben S. 110.

essen der Gesellschaftsgläubiger anderseits. Diesen zweiten Interessenkonflikt zu lösen, war eine der Hauptaufgaben, die dem Gesetzgeber im Zusammenhang mit Art. 822 OR aufgegeben waren.

Die ersten Vorläufer des heutigen Art. 822 OR verlegten den Schwerpunkt einseitig auf den Schutz der Interessen der Gesellschaftsgläubiger. So schloss der von Carl Wieland inspirierte Entwurf der Expertenkommission eine Abfindung im Falle des Austritts und des Ausschlusses aus wichtigen Gründen kurzerhand aus und gestattete sie für den statutarischen Austritt auch nur unter der Bedingung, dass dabei die Vorschriften über die Herabsetzung des Stammkapitals beachtet würden.² Der bundesrätliche Entwurf³ setzte dagegen eine Abfindungspflicht einheitlich fest. Er machte sie aber allgemein von der Durchführung eines Kapitalherabsetzungsverfahrens abhängig. Die heute geltende Vorschrift des Art. 822 Abs. 4 OR, dessen Fassung auf einen Vorschlag der ständerätlichen Kommission⁴ zurückgeht, hält ebenfalls im Grundsatz an der Durchführung der Kapitalherabsetzung fest. In zwei Fällen entbindet er jedoch die Gesellschaft von dieser Pflicht, nämlich dann, wenn der Ausgeschiedene aus dem Erlös der Verwertung seines Gesellschaftsanteils befriedigt werden kann, und dann, wenn das Vermögen der Gesellschaft die durch den Betrag des Stammkapitals bezeichnete Bindungsziffer mindestens um die Summe der dem Ausgeschiedenen zukommenden Abfindung übersteigt. Die erste Ausnahme ist als ebenso zweckmässig wie gerecht zu betrachten. Da in einem solchen Falle das Vermögen der Gesellschaft überhaupt nicht angetastet wird⁵, sind besondere Massnahmen zum Schutze der Interessen der Gläubiger nicht notwendig. Die Gläubiger haben praktisch die gleiche Stellung, wie wenn der ausgetretene oder ausgeschlossene Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil an einen Dritten oder einen Mitgesellschafter abgetreten hätte. In der zweiten Ausnahme dagegen ist der Gesetzgeber, wie dies noch in anderem Zusammenhange gezeigt werden soll, m. E. zu weit gegangen.⁶

Es darf wohl behauptet werden, dass das Gesetz den Interessen der Gesellschaft und der ausgeschiedenen Gesellschafter entgegengekommen ist, so weit dies irgendwie möglich war. Eine Herabsetzung des Stammkapitals ohne Durchführung des hiezu vorgesehenen Verfahrens durfte es

² Vgl. Prot. Exp. 531 f., Art. 825 bis Abs. 3, Art. 825 quater Abs. 2.

³ Vgl. E III Art. 811 Abs. 3; oben S. 46.

⁴ Vgl. StenBull St R 1931, 639 f.

⁵ Vgl. StenBull St R 1931, 640.

⁶ Vgl. unten S. 127 f.

jedoch ebensowenig zulassen wie im Falle des Erwerbs eigener Gesellschaftsanteile.⁷ Aus diesem Verbot zur Herabsetzung des Stammkapitals ergibt sich nun für den Gesellschaftsanteil des Ausgeschiedenen eine eigentümliche Rechtslage. Weil die Stammeinlage nicht beseitigt werden darf, muss dieser, obwohl auch die vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsbeziehungen untergegangen sind, mindestens seinem objektiven Bestande nach, also als Ausdruck der vermögensrechtlichen Beteiligung an der Gesellschaft⁸, erhalten bleiben.⁹ Wem soll nun aber der gewissermassen verwaiste Gesellschaftsanteil zustehen? Da der ausgeschiedene Gesellschafter als Berechtigter selbstverständlich nicht mehr in Frage kommen kann — er würde ja sonst automatisch seine Mitgliedschaft wieder zurückerwerben —, muss er, ähnlich wie im Falle der Kaduzierung¹⁰, in den Besitz der Gesellschaft fallen. Die Rechtsstellung der Gesellschaft gleicht dabei weitgehend derjenigen bei Erwerb eigener Gesellschaftsanteile. Zum Unterschied vom Normalfalle des Erwerbs eigener Gesellschaftsanteile fällt aber der Gesellschaftsanteil hier in den Besitz der Gesellschaft, ohne dass irgend ein Uebertragungsgeschäft stattfindet oder hiezu notwendig wäre. Die Gesellschaft erwirbt den Anteil des ausgetretenen oder ausgeschlossenen Gesellschafters, wie dies Brodmann¹¹ für den Fall der Kaduzierung treffend charakterisiert, «rein konstruktiv», eben weil er trotz des gänzlichen Untergangs der Mitgliedschaft nicht beseitigt werden darf. Von der Kaduzierung unterscheidet sich diese Art des Erwerbs eigener Gesellschaftsanteile dadurch, dass die Gesellschaft, unter der Voraussetzung der Einhaltung der Bestimmungen über die Herabsetzung des Stammkapitals, über den Gesellschaftsanteil frei verfügen kann und nicht gezwungen ist, ihn in einer vom Gesetz genau vorgeschriebenen Art und Weise nutzbar zu machen.

Mit diesen Ausführungen ist es nun möglich geworden, die hauptsächlichsten Folgen für die Gesellschaft abschliessend zu umschreiben. Mit Beginn der Wirkungen im Innenverhältnis fallen alle mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und dem Ausgeschiedenen

⁷ Vgl. Art. 807 OR; Früh 38 ff.; Neukamp 559 ff.

⁸ Vgl. Feine 416.

⁹ Vgl. Gelzer 48.

¹⁰ Vgl. Janggen-Becker Art. 799 N 9; Feine 306; Brodmann § 21 A 5; Gelzer 47 ff. a. A. Hachenburg § 21 A 25 f., A 29, § 23 Einleitung, der behauptet, dass der Gesellschaftsanteil des kaduzierten Gesellschafters gänzlich untergehe und in der Wiederveräusserung die Schaffung eines völlig neuen Gesellschaftsanteils erblickt.

¹¹ Vgl. Brodmann § 33 A 1; ähnlich Feine 416.

vollständig dahin. Die Gesellschaft hat aber den Ausgeschiedenen für den Verlust seiner vermögensrechtlichen Beteiligung durch eine entsprechende Abfindung zu entschädigen. Da der Gesellschaftsanteil des Ausgeschiedenen aus den erwähnten Gründen nicht untergehen kann, geht er mindestens zunächst in den Besitz der Gesellschaft über. Je nach dem Verfahren, das zum Zwecke der Abfindung gewählt wird, ist das Schicksal dieses Anteils ein unterschiedliches und ändert sich die Rechtslage der Gesellschaft. Diese verschieden geartete Rechtslage der Gesellschaft und das fernere Schicksal des Gesellschaftsanteils zu untersuchen, bildet das Ziel der nächsten Paragraphen.

§ 2. Die Rechtslage bei Abfindung durch Verwertung des Gesellschaftsanteils

Da das Gesetz zur Durchführung der Abfindung verschiedene Möglichkeiten vorsieht, wird sich die Gesellschaft zunächst darüber zu entscheiden haben, welche dieser vom Gesetz vorgesehenen Abfindungsmethoden sie zur Anwendung bringen will. Obwohl in besonderen Fällen auch eine Abfindung aus dem Vermögen der Gesellschaft, sei es mit oder ohne Herabsetzung des Stammkapitals, ihre Vorteile haben kann¹, darf wohl behauptet werden, dass im Regelfalle die für die Gesellschaft günstigste Lösung in einer Verwertung des ihr angefallenen Gesellschaftsanteils besteht. So begrüssenswert nun auch die Tatsache ist, dass das Gesetz der Gesellschaft gestattet, den Ausgeschiedenen mit dem Erlös einer Verwertung des Gesellschaftsanteils abzufinden, so kann doch nicht verschwiegen werden, dass die gesetzliche Regelung dieser Verwertung im einzelnen durch den Verweis auf den im Falle der Kaduzierung geltenden Art. 800 OR etwas unglücklich ausgefallen ist. Art. 800 OR, der die im Zusammenhang mit einer Kaduzierung notwendig werdende Verwertung des Gesellschaftsanteils regelt, beruht auf anderen Voraussetzungen und dient ganz anderen Zwecken als Art. 822 Abs. 4 OR. Im ersten Falle handelt es sich einerseits darum, mit dem Verwertungserlös den durch den Verzug entstandenen Ausfall am Stammkapital zu decken und anderseits die gesetzlichen Voraussetzungen² für eine Inanspruchnahme der

¹ Vgl. unten S. 126 f., 129.

² Gemäss Art. 801 Abs. 1 OR können die Rechtsvorgänger des ausgeschlossenen Gesellschafters nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Gesellschaftsanteil zuvor nach Massgabe des Art. 800 OR verwertet worden ist und das Verwertungsergebnis den Ausfall nicht zu decken vermag. Vgl. J a n g e n - B e c k e r Art. 801 N 3; K a u f m a n n 154; G e l z e r 61.

Rechtsvorgänger des kaduzierten Gesellschafters zu schaffen. Demgegenüber verfolgt die in Art. 822 Abs. 4 OR vorgesehene Verwertung lediglich den Zweck, der Gesellschaft die für die Abfindung des Ausgeschiedenen erforderlichen Mittel zu verschaffen und ihr auf diese Art und Weise die Vermeidung einer Kapitalherabsetzung zu ermöglichen. Angesichts der offensichtlichen Verschiedenheit der Zwecke kann es nicht verwundern, dass die Anwendung von Art. 800 OR, der ja speziell auf die Verhältnisse der Kaduzierung ausgerichtet ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet, ja oft mit den Erfordernissen von Austritt und Ausschluss gemäss Art. 822 OR in offenen Widerspruch gerät. Es muss daher angenommen werden, dass die in Art. 822 Abs. 4 OR enthaltene Verweisung nicht eine Anweisung zu einer strikten, wortlautmässigen Anwendung von Art. 800 OR in sich schliesst. Diese Gesetzesbestimmung kann vielmehr nur so weit auf den Fall des Art. 822 OR übertragen werden, als sie nicht mit den besonderen Gegebenheiten von Austritt und Ausschluss in Widerspruch gerät.

Was zunächst die Art der Verwertung anbetrifft, so kann Art. 800 OR uneingeschränkt Anwendung finden.³ Als beste Lösung kann wohl die von Art. 822 Abs. 4 unnötigerweise nochmals ausdrücklich erwähnte⁴ Uebernahme des Gesellschaftsanteils durch einen in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter bezeichnet werden. Sie wird hauptsächlich dann in Frage kommen, wenn die Gesellschaft nicht wünscht, einen neuen Gesellschafter aufzunehmen, oder wenn der Zweck der Gesellschaft eine solche Neuaufnahme verbietet, was z. B. bei Familiengesellschaften oder kartellartigen Organisationen der Fall ist. Können oder wollen die Mitgesellschafter den Anteil nicht übernehmen oder erscheint die Ersetzung des ausgeschiedenen Mitglieds aus betriebs- oder finanztechnischen Gründen angezeigt, so wird die Gesellschaft mit Vorteil versuchen, diesen in einem freihändigen Verkauf an einen ihr genehmen Dritten zu übertragen. Von einer Versteigerung, die an sich in gleicher Weise wie bei einer Kaduzierung zulässig ist, ist dagegen abzuraten. Die Gesellschaft wäre in diesem Falle gezwungen, den Gesellschaftsanteil dem Meistbietenden zu überlassen und hätte nicht wie bei einem freihändigen Verkauf die Möglichkeit, den Nachfolger des Ausgeschiedenen nach ihrem eigenen Gutdünken auszuwählen.

³ Vgl. Arnold 97 ff.; Janggen-Becker Art. 822 N 9.

⁴ Da sich diese Möglichkeit schon aus der Verweisung auf Art. 800 Abs. 1 OR ergibt, wäre es nicht nötig gewesen, sie in Art. 822 Abs. 4 nochmals speziell zu erwähnen.

Wenn auch, wie soeben gezeigt worden ist, Art. 800 OR bezüglich der Verwertungsart ohne Einschränkung Anwendung finden kann, so kann dasselbe für die Einzelheiten der Durchführung der Verwertung nicht gesagt werden. So erfordert der Zweck der in Art. 822 Abs. 4 vorgesehenen Verwertung keineswegs, dass der den Anteil übernehmende Gesellschafter immer den wirklichen Wert als Uebnahmepreis zu erlegen hat. Da die Veräusserung des Gesellschaftsanteils lediglich dazu dient, der Gesellschaft die zur Abfindung erforderlichen Mittel zu verschaffen, braucht diese auch nur dann den wirklichen Wert zu fordern, wenn der Ausgeschiedene mit dem wirklichen Wert abzufinden ist. In allen Fällen jedoch, in denen die Statuten berechtigterweise eine geringere Abfindung vorsehen oder der Gesellschafter sich mit einer geringeren Abfindung zufrieden gibt, muss es der Gesellschaft frei stehen, sich mit der Leistung eines entsprechend geringeren Uebnahmepreises zufrieden zu geben.⁵ Umgekehrt muss aber im Gegensatz zur Kaduzierung verlangt werden, dass der Verwertungserlös bei allen Durchführungsarten mindestens den Betrag der dem Ausgeschiedenen nach Gesetz oder Statut zustehenden Abfindungssumme erreicht. Dies gilt insbesondere auch im Falle einer Versteigerung. Da der Ausgeschiedene von Gesetzes wegen Anspruch auf eine nach gesetzlichen oder statutarischen Vorschriften zu berechnende Abfindung hat, kann es nicht zulässig sein, dass ihn die Gesellschaft, mit der Begründung, dass eben im Versteigerungsfalle der wirkliche Wert durch das «Urteil der Oeffentlichkeit» bestimmt werde, mit einem geringeren oder gar negativen Verwertungserlös abspeisen darf, wie dies gewisse Autoren annehmen.⁶

Auch in bezug auf die Zustimmung des Ausgeschiedenen kann Art. 800 OR keine Anwendung finden. Auch die Zustimmung des Ausgeschiedenen ist für alle möglichen Verwertungsarten in gleicher Weise zu beurteilen. Sie ist immer dann erforderlich, wenn das Verwertungsergebnis den zuvor festgestellten Abfindungsbetrag nicht erreicht, oder wenn die

⁵ a. A. Arnold 98. Dieser Autor nimmt an, dass genau gleich wie im Falle der Kaduzierung der wirkliche Wert immer zu fordern sei.

⁶ Vgl. Arnold 98 f. — Der genannte Autor übersieht vermutlich, dass hier ein Fall vorliegt, in dem Art. 800 Abs. 1 OR in offenem Widerspruch mit der besonderen Lage in Art. 822 Abs. 4 OR steht. Art. 800 Abs. 1 OR kann es der Gesellschaft nur deshalb gestatten, sich mit einem unter dem wirklichen Wert liegenden oder gar negativen Verwertungserlös zufrieden zu geben, weil es hier in erster Linie darum geht, der Gesellschaft zu ermöglichen, den definitiven Ausfall am Stammkapital festzustellen, um so die Haftung der Rechtsvorgänger auslösen zu können.

Abfindungssumme noch nicht rechtskräftig bestimmt worden ist.⁷ Die endgültig feststehende Nichtzustimmung⁸ bewirkt aber nicht die Ungültigkeit der bereits erfolgten Abtretung des Gesellschaftsanteils. Sie hat vielmehr lediglich zur Folge, dass die Durchführung der Abfindung durch Verwertung des Gesellschaftsanteils als gescheitert betrachtet werden muss. In einem solchen Falle fällt der Verwertungserlös in das Vermögen der Gesellschaft, und diese hat dann die Abfindung unter Beachtung der im nächsten Paragraphen noch darzustellenden Grundsätze aus ihrem eigenen Vermögen zu leisten.

Aus naheliegenden Gründen kann auch die in Art. 800 Abs. 2 OR enthaltene Vorschrift, dass ein allfälliger Ueberschuss dem Ausgeschiedenen zufalle, nicht angewandt werden. Der ausgeschiedene Gesellschafter hat lediglich Anspruch auf die ihm nach Gesetz oder Statut zustehende Abfindungssumme. Gelingt es der Gesellschaft, den Anteil des Ausgeschiedenen zu einem höheren Preise zu veräussern, so muss der daraus entstehende Ueberschuss selbstverständlich der Gesellschaft zukommen.

Da der Gesellschaftsanteil mit dem Ausscheiden in den Besitz der Gesellschaft übergeht, ist nicht der ausgeschiedene Gesellschafter, sondern die Gesellschaft als Veräusserer zu betrachten.⁹ Bezüglich der Form des Uebertragungsgeschäftes gilt daher dasselbe wie bei einer Abtretung eigener Gesellschaftsanteile durch die Gesellschaft¹⁰, d. h. die allgemeinen Regeln der Art. 791, 795 und 796 OR sind einzuhalten¹¹. Wird der Gesellschaftsanteil auf dem Wege einer öffentlichen Versteigerung veräussert, so sind zudem die Bestimmungen der Art. 229 ff. OR zu beachten.¹²

Die Frage, ob der Erwerb des Uebernehmers als derivativer oder als originärer betrachtet werden muss, kann hier nicht näher erörtert wer-

⁷ Aus diesem Grunde ist es der Gesellschaft zu empfehlen, vor Durchführung der Verwertung die rechtskräftige Feststellung der Abfindungssumme zu erwirken, sei es durch vertragliche Uebereinkunft mit dem Ausgeschiedenen oder durch gerichtliches Urteil.

⁸ Das Ausbleiben der Zustimmung ist immer erst dann als endgültig zu betrachten, wenn auch eine nachträgliche Feststellung des genauen Abfindungsbetrages erweist, dass das Verwertungsergebnis nicht zur Deckung des Abfindungsanspruches ausreicht und der Gesellschafter auch nachträglich nicht gewillt ist, sich mit einer geringeren Abfindung zufrieden zu geben.

⁹ Vgl. Brodmann § 23 A 3; Hachenburg § 23 Einleitung.

¹⁰ Vgl. z. B. Früh 122 ff.

¹¹ Vgl. Janggen-Becker Art. 800 N 1; Brodmann § 23 A 3; Hachenburg § 15 A 21 ff.; Früh 123. a. A. Neukamp 523.

¹² Vgl. zum Verfahren der öffentlichen Versteigerung: Janggen-Becker Art. 800 N 2 f.; Gelzer 55 f.

den. Beide Meinungen werden vertreten.¹³ Da ihm der Gesellschaftsanteil von der Gesellschaft abgetreten wird, kann der Erwerber aber jedenfalls nicht Rechtsnachfolger des Ausgeschiedenen sein.¹⁴

Weil der Handelsregisterführer gemäss Art. 940 Abs. 1 OR die Pflicht hat, mindestens in formeller Hinsicht zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen einer Eintragung erfüllt sind¹⁵, wird er das Ausscheiden nicht ohne weiteres eintragen. Er wird vielmehr auch in diesem Falle den Nachweis fordern müssen, dass mit der Auszahlung der Abfindung das Stammkapital nicht angegriffen wurde. Dieser Nachweis kann von der Gesellschaft ohne weiteres geleistet werden, indem sie den öffentlich beurkundeten Abtretungsvertrag und die Quittung des Ausgeschiedenen vorlegt.

§ 3. Die Rechtslage bei Abfindung aus dem Vermögen der Gesellschaft

Kann oder will die Gesellschaft die Abfindungssumme nicht durch Verwertung des Gesellschaftsanteils aufbringen, so sieht sie sich gezwungen, den Ausgeschiedenen aus ihrem eigenen Vermögen für den Verlust seiner vermögensrechtlichen Beteiligung zu entschädigen. Aber auch in einem solchen Falle ist, wie schon früher betont wurde¹, eine Kapitalherabsetzung nicht unter allen Umständen erforderlich. Sie kann dann umgangen werden, wenn das Vermögen der Gesellschaft das Stammkapital und die Passiven mindestens im Betrage der Abfindungssumme übersteigt. Dementsprechend muss unterschieden werden zwischen:

1. Abfindung aus ungebundenem Gesellschaftsvermögen und
2. Abfindung aus gebundenem Gesellschaftsvermögen.²

Zu 1. Eine Abfindung aus ungebundenem Vermögen kommt hauptsächlich dann in Frage, wenn sich der Weg der Verwertung des Gesellschaftsanteils als ungangbar erweist. Es ist aber auch durchaus denkbar, dass die Gesellschaft schon von allem Anfang an diese Abfindungsmethode wählt. Dies wird etwa der Fall sein, wenn die Gesellschaft nicht

¹³ Für derivativen Erwerb: Früh 122. Für originären Erwerb: Hachenburg § 23 Einleitung; Kaufmann 151.

¹⁴ Vgl. Hachenburg § 22 A 11, § 23 Einleitung; Kaufmann 151.

¹⁵ Vgl. auch Art. 21 Abs. 1 HRVO.

¹ Vgl. oben S. 120.

² Vgl. zur Unterscheidung zwischen gebundenem und ungebundenem Vermögen: Siegwart Art. 659 N 31 ff.

wünscht, den Ausgeschiedenen zu ersetzen und gleichzeitig über ein auch vom kaufmännischen Standpunkt aus genügendes ungebundenes Vermögen verfügt, sei es in der Form offener oder stiller Reserven, oder sei es in der Gestalt anderer zurückgelegter Fonds³. Eine Abfindung aus ungebundenem Vermögen wird aber auch dann als angezeigt betrachtet werden müssen, wenn die Abfindungssumme nur gering ist, oder wenn die Gesellschaft aus irgend welchen Gründen ein Interesse daran hat, ihre eigenen Mittel zu vermindern, ohne zu diesem Zweck zum Mittel einer Kapitalherabsetzung greifen zu müssen.

Da die Entscheidung darüber, ob das Stammkapital durch die Auszahlung der Abfindung angegriffen werde oder nicht, nur gefällt werden kann, wenn die Abfindungssumme definitiv feststeht, wird die Gesellschaft im Falle der Abfindung aus ungebundenem Vermögen immer für eine vorherige rechtskräftige Festsetzung des Abfindungsanspruches sorgen müssen. Im übrigen ist es genau wie im Falle des Erwerbs eigener Gesellschaftsanteile die Gesellschaft allein, die bestimmt, ob das Stammkapital durch die Leistung der Abfindung in Mitleidenschaft gezogen wird. Schon darin liegt eine gewisse Gefahr für die Gläubiger, die aber im berechtigten Interesse der Gesellschaft in Kauf genommen werden muss. Es stellt sich aber überdies noch die Frage, ob die Gesellschaft wie im Falle des Art. 807 OR nur dann berechtigt ist, die Abfindung aus ungebundenem Vermögen zu leisten, wenn die Stammeinlage des ihr angefallenen Anteils voll einbezahlt ist, oder ob sie umgekehrt diese Berechtigung auch dann hat, wenn die Stammeinlage nicht voll liberiert ist. Entsprechend dem klaren Wortlaut von Art. 822 Abs. 4 OR, der die Vornahme der Abfindung «aus weiterem, über das Stammkapital hinaus vorhandenem Vermögen» in genereller Weise und ohne Vorbehalt gestattet, muss diese Bestimmung im Verhältnis zu Art. 807 OR als «lex specialis» betrachtet werden. Art. 807 OR kann somit in diesem Falle keine Geltung beanspruchen, und die Gesellschaft kann die Abfindung aus ungebundenem Vermögen vornehmen ohne Rücksicht darauf, ob die Stammeinlagen voll einbezahlt sind oder nicht.⁴ Immerhin muss zugestanden werden, dass der Gesetzgeber hier im Schutze der Interessen der Gesell-

³ Gesellschaften, die einen statutarischen Austritt erlauben und mit einem häufigen Ausscheiden rechnen müssen, werden mit Vorteil einen speziellen Fonds zur Deckung zukünftiger Abfindungsansprüche äufnen. — Einen ähnlichen Vorschlag macht J a n g g e n - B e c k e r Art. 807 N 12 für den Fall der Amortisation.

⁴ a. A. A r n o l d 97.

schaft etwas zu weit gegangen ist. Er hätte vielleicht besser daran getan, die Gesellschaft und die Gesellschaftsgläubiger auch in diesem Falle vor den Gefahren⁵ des Besitzes eigener, nicht voll einbezahlter Gesellschaftsanteile zu schützen.

Art. 807 OR ist aber nicht die einzige Gesetzesstelle, mit der Art. 822 Abs. 4 OR in Widerspruch gerät. Es erhebt sich nämlich zudem die Frage, ob die Gesellschaft trotz der in Art. 805/671 Abs. 3 OR enthaltenen Vorschriften die gesetzlichen Reserven zum Zwecke der Auszahlung der Abfindung angreifen darf. Da aber Art. 822 Abs. 4 OR nur von «weiterem, über das Stammkapital hinaus vorhandenem Vermögen» spricht, muss er auch gegenüber den soeben erwähnten Artikeln als «lex specialis» betrachtet werden.⁶ Daher muss es der Gesellschaft gestattet sein, auch die gesetzlichen Reserven zur Deckung des Abfindungsanspruches zu verwenden.⁷

Ist es der Gesellschaft möglich, die Abfindung aus ungebundenem Vermögen zu leisten, so geht mit der Auszahlung der Abfindungssumme der Gesellschaftsanteil des Ausgeschiedenen endgültig in ihren Besitz über. Die Rechtslage ist genau die gleiche, wie wenn sie ihn vom Ausgeschiedenen durch Abtretung erworben hätte. Es muss also der Gesellschaft freistehen, den Anteil weiterhin zu behalten⁸, ihn zu gegebener Zeit wieder zu veräussern oder ihn zu amortisieren.⁹ Dass auch im Falle der nachträglichen Amortisation das Stammkapital nicht ohne Durchführung des hiezu vorgeschriebenen Verfahrens herabgesetzt werden kann, ist selbstverständlich.¹⁰ Die Amortisation ist überdies, weil es sich dabei nicht mehr um ein im Zusammenhang mit der Abfindung stehendes Rechtsgeschäft handelt, nur innerhalb der von Art. 807 OR gesetzten Schranken möglich, d. h. der Gesellschaftsanteil darf nur dann vernichtet

⁵ Vgl. Janggen-Becker Art. 807 N 1; Früh 20 ff., 94 ff.

⁶ So auch Kaufmann 144, Fussnote 2.

⁷ Diesem Endergebnis stimmt auch Arnold (S. 96) zu, allerdings mit der m. E. unrichtigen Begründung, dass es sich hier um eine der in Art. 671 Abs. 3 OR erwähnten «Massnahmen zur Durchhaltung des Unternehmens in Zeiten schlechten Geschäftsganges» handle.

⁸ Bezüglich der Bilanzierung eigener Gesellschaftsanteile vgl.: Brodmann § 33 A 2 h; Hachenburg § 33 A 18 a; Feine 422 f.; Unger 33 ff.

⁹ Vgl. Janggen-Becker Art. 807 N 7.

¹⁰ Vgl. Hachenburg § 34 A 8; Früh 9.

Da die Ziffer des Stammkapitals unverändert bleibt, stimmt sie im Falle der Amortisation nicht mehr mit der Summe der Stammeinlagen überein. Vgl. Brodmann § 34 A 2 d; Hachenburg § 34 A 20; Feine 456; Früh 10.

werden, wenn dies in den Statuten vorgesehen ist und wenn es sich dabei um voll einbezahlte Gesellschaftsanteile handelt.¹¹

Auch im Falle der Abfindung aus ungebundenem Vermögen darf der Handelsregisterführer nicht ohne den formellen Nachweis der Nichtverletzung des Stammkapitals zur Eintragung des Ausscheidens schreiten. Der Anmeldung des Ausscheidens wird also eine auf den wirklichen Werten basierende Bilanz, sowie eine Quittung über die Auszahlung der Abfindung beizulegen sein.

Zu 2. Da die mit einer Kapitalherabsetzung verbundene Abfindung aus gebundenem Vermögen für die Gesellschaft recht oft mit erheblichen, ja teilweise sogar unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden ist, dürfte die Gesellschaft im allgemeinen danach trachten, dieser Abfindungsmethode aus dem Wege zu gehen. Sie wird daher im Normalfalle nur dann zur Anwendung kommen, wenn sich sowohl der Weg der Verwertung des Gesellschaftsanteils als auch der Weg der Abfindung aus ungebundenem Vermögen nicht als gangbar erweist. In Ausnahmefällen dürfte es aber auch vorkommen, dass eine Gesellschaft von allem Anfang an dieser Art der Liquidation des Ausscheidens den Vorzug gibt. Dies dürfte etwa dann zutreffen, wenn sie ohnehin ihr Stammkapital herabzusetzen wünscht, sei es dass dieses infolge Geschäftsschrumpfung zu gross geworden ist, sei es aus anderen Gründen.

Auf das in den Art. 788/732 ff. OR geregelte Kapitalherabsetzungsverfahren kann selbstverständlich im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingetreten werden. Der Zweck der folgenden Ausführungen besteht lediglich darin, die durch die Abfindung aus gebundenem Vermögen entstehenden Besonderheiten in der Rechtslage der Gesellschaft und des Gesellschaftsanteils darzustellen.¹²

Eine erste, bedeutsame Besonderheit der Abfindung aus gebundenem Vermögen ergibt sich aus der Tatsache, dass das Gesetz in Art. 822 Abs. 4 OR ausdrücklich bestimmt, dass «Austritt und Ausschluss nur unter Beobachtung der Vorschriften über die Herabsetzung des Stammkapitals wirksam werden». Angesichts dieses Passus' in Art. 822 Abs. 4 OR erhebt sich die Frage, ob dem Ausscheiden für die Zeit zwischen dem Zeitpunkt des Beginns der Wirkungen im Innenverhältnis und

¹¹ Vgl. Janggen-Becker Art. 807 N 12, N 15 f.; Brodmann § 34 A 2 d; Hachenburg § 34 A 8; Feine 461; Früh 11.

¹² Vgl. zum Verfahren der Kapitalherabsetzung z. B.: Janggen-Becker Art. 788 N 6 ff.

dem Datum der Eintragung der Kapitalherabsetzung im Handelsregister¹³ überhaupt jede Wirkung versagt bleiben muss, oder ob die Wirksamkeit nur so weit aufgeschoben werden muss, als dies im Interesse der Gläubiger erforderlich ist. Wollte man die erste der beiden angeführten Lösungen als richtig betrachten, so hätte das zur Folge, dass die Mitgliedschaft bis zur Beendigung des Herabsetzungsverfahrens in vollem Umfange aufrecht erhalten bliebe, und dass der Gesellschafter bis zu diesem Zeitpunkt auch seine persönlichen Mitgliedschaftsrechte, insbesondere auch das Stimm- und das Kontrollrecht weiterhin ausüben dürfte. Da eine solche Konsequenz für die Gesellschaft untragbar wäre, halte ich dafür, dass die Wirkungen des Ausscheidens nur so weit gehemmt werden, als dies im Interesse der Gläubiger notwendig ist. Zu einer anderen Auffassung ist umsoweniger Anlass geboten, als ja der ganze Abs. 4 des Art. 322 OR in erster Linie den Schutz der Gläubiger und nicht die Regelung des Verhältnisses zwischen der Gesellschaft und dem Ausgeschiedenen zum Inhalt hat. Somit darf wohl angenommen werden, dass die eingangs dieses Abschnittes erwähnte Vorschrift lediglich zur Folge hat, dass die Auszahlung des Abfindungsguthabens nicht vor Beendigung des Herabsetzungsverfahrens erfolgen kann.¹⁴

Eine weitere Besonderheit des Abfindungsverfahrens aus gebundenem Vermögen ergibt sich aus Art. 773 OR, der vorschreibt, dass das Stammkapital der GmbH mindestens 20 000 Franken betragen muss. Da diese Vorschrift selbstverständlich auch bei einer Kapitalherabsetzung Geltung hat¹⁵, wird die Auszahlung der Abfindung immer dann unmöglich, wenn das Stammkapital zu diesem Zwecke unter die gesetzliche Minimalgrenze herabgesetzt werden müsste. Der Gesellschaft wird in einem solchen Falle zumeist nichts anderes übrig bleiben, als sich aufzulösen.¹⁶

Setzt die Kapitalherabsetzung die zur Abfindung notwendigen Mittel frei, so ist die Lage einfach. Die Abfindungssumme kann ohne weiteres ausbezahlt werden. Unerfreulicher sind dagegen die Verhältnisse für die Gesellschaft, wenn nach der Befriedigung oder Sicherstellung der Gläu-

¹³ Gemäss Art. 734 OR ist die Kapitalherabsetzung erst dann als vollständig durchgeführt zu betrachten, wenn in öffentlicher Urkunde festgestellt wurde, dass die Vorschriften der Art. 732 ff. OR eingehalten worden sind, und wenn zudem die Kapitalherabsetzung im Handelsregister eingetragen worden ist. Vgl. J a n g g e n - B e c k e r Art. 788 N 17.

¹⁴ Vgl. auch A r n o l d 100.

¹⁵ Vgl. J a n g g e n - B e c k e r Art. 788 N 3.

¹⁶ Vgl. A r n o l d 100.

biger das Gesellschaftsvermögen nicht mehr zur Deckung des reduzierten Stammkapitals und des Abfindungsbetrages ausreicht. Da der Ausgeschiedene auch in einem solchen Falle seine Mitgliedschaft nicht zurückerwirbt, wohl aber Gläubiger seiner Abfindungsforderung bleibt, hat er das Schicksal der Gesellschaft in seinen Händen. Erklärt er sich nicht mit der Stundung seines fälligen Abfindungsguthabens einverstanden, so kann ihn niemand daran hindern, die Gesellschaft auf Konkurs zu betreiben und so ihre zwangsweise Auflösung herbeizuführen.

Ist die Abfindung mit einer Kapitalherabsetzung verbunden, so ist das Schicksal des Gesellschaftsanteils klar und eindeutig. Er muss, genau gleich wie bei einer Amortisation, vernichtet werden, da die ihm zugrunde liegende Stammeinlage mit der Durchführung der Kapitalherabsetzung verschwunden ist. Somit zeichnet sich die mit einer Kapitalherabsetzung verbundene Erledigung des Ausscheidens dadurch aus, dass bei ihr die Mitgliedschaft voll und ganz, die letzten vermögensrechtlichen Reste eingeschlossen, untergeht.

Bezüglich der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister gilt im wesentlichen dasselbe, was im Zusammenhang mit den andern Abfindungsmethoden gesagt worden ist. Der Handelsregisterführer wird auch hier, zwecks Prüfung der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen, die Vorlegung geeigneter Beweismittel fordern müssen.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 15. August 1918 geboren. Nachdem ich die Primar- und Sekundarschule in Wettingen, Baden und Zürich durchlaufen hatte, besuchte ich die Kantonale Handelsschule Zürich, wo ich im Frühjahr 1937 die Diplomprüfung, im Herbst 1938 die Maturitätsprüfung bestand. Nachher trat ich in Lyon (Frankreich) eine Stelle als kaufmännischer Angestellter an. Der Kriegsausbruch im September 1939 zwang mich zu sofortiger Rückkehr in die Schweiz, wo ich bis zu meiner, im Oktober 1940 erfolgten Immatrikulation an der juristischen Fakultät der Universität Zürich ununterbrochen Militärdienst leistete. Selbstverständlich wurden auch meine Studien durch häufigen Militärdienst unterbrochen. Das letzte mündliche Examen bestand ich im Dezember 1946. Die Einreichung meiner Dissertation verzögerte sich hauptsächlich infolge Krankheit.

